

Direito e Economia

Colunas da WebAdvocacy

Organizadores:

Marcos André Mattos de **Lima**

Elvino de Carvalho **Mendonça**

Rachel Pinheiro de Andrade **Mendonça**

Amanda Flávio de Oliveira

Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli

Angelo Prata de Carvalho

Catharina Araújo Sá

Daniela Santos

Eduardo Molan Gaban

Elísio Freitas

Elvino de Carvalho Mendonça

Fabio Luiz Gomes

Felipe Fernandes Reis

Fernando Boarato Meneguim

Fernando de Magalhães Furlan

Henrique Muniz

Josefina Guedes

José Ricardo Machado Bernardo

Lucia Helena Salgado

Luciano Charlita de Freitas

Luiz Alberto Esteves

Márcio de Oliveira Júnior

Mauro Grinberg

Polyanna Vilanova

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Ronaldo Neves de Moura Filho

Rodrigo Zingales Oller do Nascimento

Sandro Leal Alves

Vanessa Vilela Berbel



Direito e Economia

Vol. II , 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)

Amanda Flávio de Oliveira
Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli
Angelo Prata de Carvalho
Catharina Araújo Sá
Daniela Santos
Eduardo Molan Gaban
Elísio Freitas
Elvino de Carvalho Mendonça
Fabio Luiz Gomes
Felipe Fernandes Reis
Fernando Boarato Meneguim
Fernando de Magalhães Furlan
Henrique Muniz
Josefina Guedes
José Ricardo Machado Bernardo
Lucia Helena Salgado
Luciano Charlita de Freitas
Luiz Alberto Esteves
Márcio de Oliveira Júnior
Mauro Grinberg
Polyanna Vilanova
Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça
Ronaldo Neves de Moura Filho
Rodrigo Zingales Oller do Nascimento
Sandro Leal Alves
Vanessa Vilela Berbel



Direito e Economia

Colunas da WebAdvocacy

Direito e Economia

Ficha catalográfica

Colunas da WebAdvocacy (digital):

Direito e Economia: volume II. -- 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 II

2022

Apresentação

Seguindo o objetivo precípua da WebAdvocacy de ampliar a discussão dos temas afeitos ao direito e a economia no Brasil e no mundo, é que lançamos o volume II das *Colunas da WebAdvocacy: Direito e Economia* do ano de 2022.

O livro traz importantes contribuições dos colunistas da WebAdvocacy nas áreas de direito econômico, direito constitucional e teoria econômica para a comunidade acadêmica, profissionais do direito e da economia, jornalistas e demais interessados.

Os artigos são escritos por grandes especialistas e o formato do texto utilizado pelos autores é o de opinião. Artigos com esta característica são mais democráticos. A escrita amigável de temas áridos permite que mais pessoas tenham acesso a novas ideias nas áreas do direito e da economia tão indispensáveis a nossa existência como seres humanos pensantes.

O exercício do debate amplo e franco é o principal objetivo da série de livros “Colunas da WebAdvocacy: Direito e Economia. Por isso, sinta-se convidado a apreciar o que os nossos colunistas têm de melhor a oferecer: ideias, pensamentos e muito respeito pelo debate.

Boa leitura!!!

Sumário

Apresentação.....	5
-------------------	---

Vantagem auferida e o chamado à experiência.....	8
--	---

Amanda Flávio de Oliveira

Luiz Alberto Esteves

Marcio de Oliveira Junior

FIAGROS e o radar concorrencial: O papel do antitruste na expansão do agronegócio brasileiro.....	12
---	----

Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli

Nós, que aqui estamos, por vós esperamos. As premissas da teoria do direito como parâmetros de controle para introdução da teoria econômica no campo jurídico	15
---	----

Angelo Prata de Carvalho

Se não têm concorrência, que comam brioches. Do horror ao populismo ao horror ao pobre no Direito da Concorrência.....	18
--	----

Angelo Prata de Carvalho

O CNPE e a concorrência no mercado de gás.....	21
--	----

Daniela Santos

Stock vs. Campari: A proteção do <i>Know-How</i> segundo o STJ	24
--	----

Eduardo Molan Gaban

Protocolo Antitruste, Canja de Galinha e M&A: Melhor prevenir que remediar.....	26
---	----

Eduardo Molan Gaban

Tribunal de Contas da União e investimentos no Brasil: A fiscalização do TCU sobre desestatizações.....	30
---	----

Elísio Freitas

Algumas reflexões sobre mercado relevante na economia digital: Uma nova agenda de pesquisa.....	32
---	----

Elvino de Carvalho Mendonça

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Breves notas sobre a tributação da energia	35
--	----

Fabio Luiz Gomes

Desafios à concorrência no mercado de pedidos <i>online</i> de comidas (“Aplicativos de <i>delivery</i> de <i>food</i> ”): O potencial do <i>open delivery</i>	38
--	----

Felipe Fernandes Reis

Remédios antitruste: Conceito e aplicação	42
---	----

Fernando Boarato Meneguim

Contratos de exclusividade: Como avaliar se há ilicitude	45
--	----

Fernando Boarato Meneguim

Devido processo, contraditório e Administração pública	48
--	----

Fernando de Magalhães Furlan

Os instrumentos de políticas comerciais, sua importância para emprego, renda, bem-estar social e econômico, além da manutenção do livre comércio justo.	54
--	----

Josefina Guedes

<i>José Ricardo Machado Bernardo</i>	
Petrobras e a Armadilha do Neoliberalismo Tardio	61
<i>Lucia Helena Salgado</i>	
Mercados Secundários de Espectro no Brasil: Oportunidades e Desafios	65
<i>Luiz Alberto Esteves</i>	
<i>Luciano Charlita de Freitas</i>	
<i>Ronaldo Neves de Moura Filho</i>	
Os advogados nas sessões do CADE. Referência a uma lei que amplia os direitos dos advogados, na defesa de seus clientes, no processo administrativo do Cade.	67
<i>Mauro Grinberg</i>	
As Escolas de Direito Antitruste: O que a história revela	69
<i>Polyanna Vilanova</i>	
<i>Catharina Araújo Sá</i>	
A atual composição do Tribunal do Cade e a oxigenação dos debates da relação entre tributação e concorrência	72
<i>Polyanna Vilanova</i>	
<i>Henrique Muniz</i>	
De <i>Montesquieu a Boushay</i> : Qual é o papel das leis nas sociedades capitalistas?	75
<i>Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça</i>	
A democracia equilibrista e o Estado de (não) Direito: A fábula de Esopo com o javali, o cavalo e o caçador	78
<i>Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça</i>	
As Verdades e os Mitos da Marca e Qualidade no Mercado de Combustíveis Brasileiros	81
<i>Rodrigo Zingales Oller do Nascimento</i>	
Regulação, Efeitos da Pandemia da Covid19 e Reajuste dos Planos de Saúde no Brasil	86
<i>Sandro Leal Alves</i>	
Precificação de Planos de Saúde: Risco e Incerteza sobre o Rol de Procedimentos.....	93
<i>Sandro Leal Alves</i>	
ADI 5422: Por um dia das mães mais feliz	100
<i>Vanessa Vilela Berbel</i>	
Organizadores:.....	102
Autores:.....	103

Vantagem auferida e o chamado à experiência

Amanda Flávio de Oliveira

Luiz Alberto Esteves

Marcio de Oliveira Junior

Thomas Sowell, no livro “Os intelectuais e a sociedade”¹, adverte para o risco de se privilegiar a “razão” em detrimento da “experiência”. Em sua análise, sempre provocativa, Sowell identifica situações em que a defesa confiante de narrativas não coincide com o efetivo conhecimento do objeto de estudo. Ele também chama a atenção para o fato de que uma presunçosa moralidade pode produzir efeitos adversos importantes. A experiência e o conhecimento das causas e consequências dos fenômenos econômicos são por ele exortadas como caminhos a serem utilizados, sobretudo em políticas públicas.

O tema da vantagem auferida *ou pretendida*, indicada como um dos critérios para cálculo de multas na lei antitruste brasileira, pode ser analisado por essa perspectiva. Presente na legislação brasileira desde 1962, o conceito foi mantido na lei antitruste atualmente em vigor, nos artigos 37, inciso I, e 45, III, em convivência com outros critérios e com a advertência de que deve ser utilizada “quando for possível a sua estimação”, numa explícita deferência, pelo legislador, à dificuldade intrínseca de sua utilização. A redação do art. 37, I, em especial, denota ainda alguma intenção de utilizá-la como mecanismo de dissuasão, ao estabelecer que, no caso de empresa, a “multa nunca será inferior à vantagem auferida”. Anote-se que o outro parâmetro de cálculo da pena consiste na utilização do faturamento da empresa, e a lei indica um recorte um tanto amplo a esse título, podendo a multa ser fixada entre 0,1% e 20% do faturamento *bruto* no último exercício anterior à instauração do processo.

É um dado curioso identificar que, embora presente na legislação brasileira há exatos 60 anos, somente nos últimos dez anos o ímpeto para a aplicação do critério da vantagem auferida tenha se mostrado presente nas discussões no CADE. Revelando-se um conceito jurídico indeterminado, a vantagem auferida abre espaço para a discricionariedade do julgador. Eis um dado que certamente explicaria a longa autocontenção do CADE em valer-se dele, apesar de seu possível efeito dissuasório: é que a “vantagem auferida” em um caso concreto não se revela um valor unívoco, indiscutível e objetivo. Ao contrário, atingir o “valor” em questão implica, antes, escolher um modelo de cálculo e aplicá-lo, e esse modelo nunca será único, inequívoco, imponderável. Tampouco os elementos utilizados para a aplicação do modelo são indiscutíveis ou facilmente identificáveis.

É aí que se encontra o grave risco de se utilizar o conceito de vantagem auferida para cálculo de multas: se, por um lado, abre-se um espaço de discricionariedade que, a princípio, afastaria a possibilidade de controle judicial da decisão, fortalecendo a decisão administrativa, por outro, valer-se do critério da vantagem auferida pode comprometer uma premissa historicamente utilizada pelo CADE para o julgamento de casos de cartel, especificamente, a tese do ilícito *per se* ou *por objeto*.

Explica-se. Como forma de endurecer sua bem-sucedida atuação no combate a carteis, a autoridade antitruste brasileira valeu-se, historicamente, da ideia, não de todo inquestionável, de que essa conduta se presume ilícita, desincumbindo-se, por isso, de detalhar seus efeitos. Entretanto, ao se propor a analisar a vantagem auferida para fins de cálculo de multas, o CADE terá necessariamente que detalhar os efeitos da conduta de cartel. O problema está, portanto, na incompatibilidade da adoção concomitante da regra *per se* ou *por objeto* para a análise da conduta de cartel e do critério da vantagem auferida para fins de cálculo das multas.

Em outras palavras: se definida a utilização do método de cálculo da vantagem auferida, e a estimativa de sobrepreço obtida for nula, isso significaria aferir que o cartel não obteve ganhos indevidos,

¹ Sowell, T. *Os intelectuais e a sociedade*. São Paulo: Realizações Editora, 2009.

ou seja, que não houve efeitos negativos? Não tendo tido efeitos negativos, a conduta ainda seria punida pela aplicação de uma multa proporcional ao faturamento da empresa? Escancarar-se-ia, nessas hipóteses, a tese de que a presunção de ilicitude dos carteis foi um equívoco histórico (possivelmente inconstitucional) da autoridade?

A própria experiência do CADE em tentar aplicar o critério da vantagem auferida como base para o cálculo de multas revela as dificuldades envolvidas e corrobora a reflexão acima. Salvo melhor juízo, o primeiro caso em que o critério da vantagem auferida foi utilizado para estabelecer a multa foi o Caso Paragás (PA 08012.002568/2005-51). A Relatora utilizou o modelo *differences-in-differences* (diferenças em diferenças) para fazer o cálculo da vantagem auferida². Esse é um método baseado na comparação. Comparam-se as médias de preços em dois grupos (mercados): de tratamento e de controle. O grupo de tratamento é o mercado em que houve a formação do cartel. O grupo para controle é o mercado que será usado como base de comparação, como contrafactual. A premissa é que não tenha havido a formação de cartel no grupo de controle.

Para fazer o cálculo usando o método de diferenças em diferenças, são necessários dados para preços antes e/ou após e durante a operação do cartel para os grupos de tratamento e de controle. Um exemplo exposto na Figura 1 pode ajudar a compreender melhor a aplicação do método. P_A e P_B são, respectivamente, as médias de preços no grupo de tratamento antes e durante a operação do cartel. O primeiro passo é calcular $(P_A - P_B)$. P_C e P_D são, respectivamente, as médias de preços no grupo de controle antes e durante a operação do cartel. O segundo passo é calcular $(P_C - P_D)$. Por último, calcula-se a diferença entre essas diferenças de médias $[(P_B - P_A) - (P_D - P_C)]$, que é a estimativa de sobrepreço em função da atuação do cartel.

Figura 1. Exemplo de Um Modelo de Diferenças em Diferenças.

	Antes do cartel	Durante o cartel	Estimativa de sobrepreço
Grupo de tratamento (mercado onde houve o cartel)	P_A	P_B	$(P_B - P_A) - (P_D - P_C)$
Grupo de controle (mercado onde não houve cartel)	P_C	P_D	

Fonte: elaboração dos autores com base em Oxera (2009).

Veja que a hipótese que está sendo testada é que a diferença entre as médias foi maior durante o período em que o cartel operou, ou seja, que $[(P_B - P_A) - (P_D - P_C)] > 0$. Pode-se atribuir essa diferença positiva, ou seja, o sobrepreço, à atuação do cartel. Multiplicando-o pela quantidade comercializada do produto, ter-se-ia uma estimativa da vantagem auferida pelas empresas que formaram o cartel e, portanto, uma base para a multa de acordo com o art. 37, I, da Lei nº 12.529, de 2011.

Os grupos de tratamento e de controle devem ser o mais similares possível para que a estimativa de sobrepreço seja “precisa”. Caso contrário, a diferença poderia ser atribuída a outra razão que não a

² Há outros métodos disponíveis, como os métodos baseados em finanças, em que são usadas informações de outras empresas ou setores (taxa de retorno, custos e preços, p.e.) para fazer a comparação. Há também os métodos baseados em estruturas de mercado, em que modelos de organização industrial são usados para fazer a comparação. Nesses casos, a questão central é encontrar o modelo teórico que reflita bem as características do mercado em análise. Os modelos são “calibrados” com os dados e os resultados são comparados com o que ocorreu no mercado para o qual se quer calcular o sobrepreço. Para uma discussão dos métodos para a quantificação de danos, ver: Oxera Consulting, *Quantifying Antitrust Damages: Towards Non-Binding Guidance for Courts: Study Prepared for the European Commission* (2009). Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

operação do cartel. No entanto, e esta é uma dificuldade para a aplicação do método, as unidades econômicas que constituem o grupo de tratamento podem diferir substancialmente das unidades econômicas não tratadas (do grupo de controle). Essas diferenças podem estar relacionadas ao tamanho médio das unidades, ao grau de concentração de mercados (*market shares*) e a outras características da oferta e da demanda. Desse modo, os grupos de controle devem ser selecionados a partir de amostras da população de unidades econômicas elegíveis (não tratadas/não cartelizadas), de modo que apresentem características observáveis similares às do grupo de tratamento. Para alcançar essa similaridade, algumas técnicas podem ser usadas, como o escore de propensão (*propensity score matching – PSM*) e algoritmos de aprendizado de máquina não supervisionados, tais como clusterização.

Mesmo em casos em que se usa o mesmo mercado durante e após a atuação do cartel como grupos de tratamento e controle, respectivamente, pode haver problemas. Vale um exemplo do cálculo de sobrepreço do cartel do cimento da Alemanha. Hüschelrath, Müller e Veith (2013)³ estimaram sobrepreços de 20,3% a 26,5% para esse cartel, dependendo do modelo utilizado e das premissas adotadas. Em uma crítica a Hüschelrath, Müller e Veith (2013), Frank e Schliffke (2013)⁴ afirmaram que as estimativas de sobrepreço daqueles autores foram mais que duas vezes maiores que as estimativas feitas durante o processo judicial porque não consideraram a guerra de preços que pode ocorrer após a desarticulação de um cartel.

Segundo Frank e Schliffke (2013), findo o cartel, as empresas podem voltar a praticar preços competitivos. No entanto, elas podem entrar em uma guerra de preços para, por exemplo, punir a empresa que denunciou o cartel. Nesse caso, o preço médio pós-cartel seria inferior ao preço competitivo. Compará-lo com a média de preços durante o cartel levaria então a uma superestimativa do efeito do cartel, ou seja, do sobrepreço. No caso do cartel do cimento alemão, considerando a guerra de preços que ocorreu após o fim do cartel, as estimativas de sobrepreço de Frank e Schliffke (2013) variaram entre 7,6% e 9,1%.

Embora o conceito de contrafactual não seja estranho ao direito (o cálculo de lucros cessantes, por exemplo, faz uso dele), encontrar um bom grupo de controle não é tarefa trivial. E, se não for usado um contrafactual ou grupo de controle adequado, pode haver super ou subestimativa do sobrepreço, que, se for usada para o cálculo da vantagem auferida e para o cálculo da multa, pode levar à sobre ou subpunição, respectivamente. Isso pode, inclusive, colocar em dúvida o objetivo dissuasório pretendido pelo uso da vantagem auferida.

Há também a discussão sobre falhas na metodologia escolhida, que pode gerar viés na estimativa de sobrepreço. Por exemplo, pode haver a omissão de variável. Se uma variável importante e não verificável estiver omitida no modelo usado para se estimar o sobrepreço, não há garantia de que o coeficiente associado à variável de interesse do modelo, que mensura o sobrepreço, não tenha viés, seja positivo ou negativo.

Por exemplo, suponhamos que um grupo de empresários/executivos, concorrentes em um mesmo mercado relevante, tenham se conhecido durante um treinamento. Suponhamos ainda que esse evento tenha sido fundamental para o estreitamento da relação entre os concorrentes e, consequentemente, para a constituição de um cartel. Caso não tenhamos informação sobre esse evento, seu efeito será capturado no modelo estatístico por meio do seu termo de erro, que representa os efeitos de variáveis não observáveis sobre o sobrepreço. Mas, como o treinamento foi uma das variáveis que ensejou a formação do cartel, sua omissão do modelo faz com que a hipótese de exogeneidade comumente assumida em estimadores derivados do modelo clássico de regressão linear (MCRL) não esteja assegurada, gerando, assim, estimativas viesadas de sobrepreços de cartéis

³ Hüschelrath, K., Müller, K. e Veith, T. Concrete Shoes for Competition: the Effect of the German Cement Cartel on Market Price. *Journal of Competition Law & Economics*, 9(1), 97-123.

⁴ Frank, N. e Schliffke, P. The Post-Cartel Equilibrium Puzzle in the German Cement Market: a Reply to Hüschelrath, Müller, and Veith. *Journal of Competition Law & Economics*, 9(2), 495-509.

Todo o cenário se torna ainda mais complexo se se observa que, nos votos em que foi utilizado o critério da vantagem auferida, ao longo da jurisprudência recente do CADE, a metodologia adotada precisou variar. É que nem sempre o método utilizado em um caso é exequível em outro, por exemplo. Houve até casos em que o(a) Conselheiro(a) Relator(a) optou por aplicar o percentual de 20%, fruto de estimativas apresentadas em *papers* acadêmicos e pela própria OCDE como média de sobrepreços em cartel⁵. Entretanto, é de se ressaltar que essa solução encontra franco obstáculo na lei, que requer tratar-se de *vantagem auferida, quando possível sua mensuração no caso concreto*.

Há, de acordo com de Frank e Schliffke (2013), um consenso de que estimativas de sobrepreços devem ser específicas para cada caso. Acrescentamos que elas são dependentes da existência de dados e de contrafactuais adequados. Mesmo quando eles existem, há a possibilidade de vieses amostrais e econométricos. Entretanto, todas essas questões são conhecidas e já foram amplamente discutidas na literatura especializada. Sendo possível enfrentá-las, estimativas robustas de sobrepreço podem ser feitas, ainda que elas não sejam estimativas unívocas e indisputáveis. Outro ponto é que enfrentar essas questões implicará aprofundar a discussão sobre os efeitos dos carteis, o que pode ir de encontro a um dos pontos centrais da política de combate a carteis do CADE: a análise dessa conduta como ilícito *per se* ou por objeto.

Nesse sentido, o chamado à experiência, feito por Sowell, tem muito a auxiliar na reflexão acerca da utilização do critério da vantagem auferida para cálculo de multas a carteis no Brasil. Sua utilização tem potencial real de ampliar a insegurança jurídica e fragilizar as decisões da autoridade antitruste: as atuais, as futuras e as passadas, pois adotá-lo para valer significa a necessidade de detalhar os efeitos da conduta de cartel. Como não foi esse o caminho que o CADE seguiu em sua histórica política de combate a carteis, a mudança pode levar à constatação de que houve um equívoco importante de sua atuação, podendo fragilizar a instituição. Ou, pelo menos necessariamente, implica submeter a análise dos casos a uma ponderação sobre efeitos, podendo arrefecer a condenação a esse título, o que parece ser o sentido oposto dos defensores do método. Por tudo isso, pode-se dizer que a adoção do critério é tudo menos indolor. Resta saber quem sairá perdendo na jogada.

⁵ OCDE. *Hard Core Cartels: Third report on the implementation of the 1998 Council Recommendation*. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/35863307.pdf>. Esse critério foi utilizado, por exemplo, pela Relatora no Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01.

FIAGROS e o radar concorrencial: O papel do antitruste na expansão do agronegócio brasileiro

Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli

Os conhecidos debates sobre os objetivos do antitruste normalmente se deparam com o clássico – e controverso – dilema da defesa dos campeões nacionais. No Brasil, as novidades jurídicas que visam estimular o agronegócio não deixam dúvidas sobre a aposta da vez – amplamente difundida com o *jingle* “agro é pop, agro é vida” e estatisticamente confirmada, uma vez que o agronegócio correspondeu a cerca de 27,4% do PIB brasileiro no ano de 2021¹.

De fato, as últimas iniciativas, tanto do poder legislativo, quanto do executivo, nos últimos meses não deixaram dúvidas sobre a prioridade de estimular o acesso ao crédito e a criação de um *framework* normativo que permitisse maior segurança jurídica às teias contratuais que sustentam o agronegócio brasileiro. Exemplos destas iniciativas incluem tanto a publicação do Plano Nacional de Fertilizantes e a instituição do Conselho Nacional de Fertilizantes e Nutrição de Plantas (CONFEF), ambos a partir do Decreto 10.991, de 11 de março de 2022, quando a aprovação da Lei 14.130/2011, que instituiu a figura dos Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagros).

Ora, no momento em que os holofotes do Brasil – e do mundo – voltam-se ao agro, trazendo consigo a necessidade de expandir as bases para o crescimento deste setor, a competitividade não poderia ficar de fora. De acordo com o último Caderno do Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE/CADE)², mercados de insumos agrícolas passam periodicamente por ondas de concentração, seja pela forte competição por inovação, seja em função das altas barreiras à entrada, uma vez que grande parte das atividades destes mercados são intensivas de capital.

De fato, nas duas últimas décadas (isto é, no período compreendido entre 1990 e 2019), o DEE identificou cerca de 279 Atos de Concentração notificados ao Cade, além de condutas anticoncorrenciais que foram objeto de investigação na Autarquia, envolvendo a recusa de acesso à infraestrutura essencial e outros abusos de posição dominante, que poderiam ocasionar no fechamento destes mercados.

De acordo com a Lei 12.529/2011, há dois critérios que definem as operações notificáveis ao Cade: faturamento e tipo de operação. Com relação ao faturamento, o Art. 88 da lei traz valores mínimos de faturamento bruto anual dos grupos econômicos da Adquirente e da Adquirida – sendo que os patamares originalmente adotados pela norma já sofreram atualização e hoje consistem, respectivamente, em R\$ 750 e R\$ 75 milhões³. O segundo critério, por sua vez, remete ao tipo de operação que estaria originando a concentração econômica, o que, de acordo com o Art. 90 desta lei, abrange as hipóteses de fusão, incorporação, aquisição de ativos e participações societárias, celebração de contratos associativos, consórcios e contratos que originem *joint ventures*.

Contudo, para além dos critérios trazidos pela norma, o Cade regulou, através da Resolução 33/2022 (que consolida, dentre outros normativos da Autarquia, a antiga Resolução 2/2012 alterada pela

¹ <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/releases/pib-agro-cepea-pib-do-agro-cresce-8-36-em-2021-participacao-no-pib-brasileiro-chega-a-27-4.aspx#:~:text=Diante%20do%20bom%20desempenho%20do,52%2C63%25%2C%20respectivamente>.

² CADE. Cadernos do Cade: Mercado de Insumos Agrícolas. Fevereiro de 2020. Disponível em <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/mercado-de-insumos-agricolas-2020.pdf>>. Acesso em 20/05/2022, p. 90.

³ Esta atualização foi realizada através da Portaria Interministerial MF/MJ nº 994, de 30 de maio de 2012.

Resolução 9/2014), o tratamento do que deveria ser considerado como grupo econômico para fins de cômputo do faturamento.

Em se tratando de fundos de investimento, o Art. 4º, §2º da Resolução 33/2022 entendeu que, com relação aos cotistas, deveria ser considerado apenas aqueles que detiverem participação (direta ou indireta) igual ou superior a 50% das cotas dos fundos envolvidos na operação via participação individual ou conjuntamente – através de acordos societários. Com relação às empresas investidas, por sua vez, entendeu-se que deveriam ser consideradas integrantes do grupo todas aquelas que detivessem participação (direta ou indireta) igual ou superior a 20% do capital social votante.

Ora, com critérios de notificação obrigatória tão abrangentes e consequências bastante indesejáveis em relação à falha de apresentar ao Cade uma operação que seria notificável – infração batizada, no Direito Concorrencial, como “Gun Jumping” – importa debater como seria o tratamento das operações realizadas a partir de um Fiagro pelo Cade e, para além do controle de estruturas, de que forma os demais instrumentos da caixa de ferramentas antitrustes podem auxiliar na manutenção do grau de competitividade desejável ao setor.

Como já mencionado, a constituição dos Fiagros foi regulada a partir da Lei 14.130/2011, que visa facilitar a qualquer investidor, seja ele nacional ou estrangeiro, o direcionamento de seus recursos ao setor do agronegócio, o que pode ser feito de forma direta, a partir da aquisição de imóveis rurais, por exemplo, ou indireta, com a aplicação em ativos financeiros atrelados ao agronegócio.

Assim, a classificação dos Fiagros dependerá das características de seus investimentos, podendo ser constituídos sob a forma de Fundos de Investimento Imobiliário (FIIs), Fundos de Investimento em Participação (FIPs) e Fundos de Investimento em Direito Creditório (FIDCs). Em cada uma destas três hipóteses, há operações que se enquadram como atos de concentração, envolvendo não apenas a aquisição de participações societárias, como também de ativos, sejam eles tangíveis ou intangíveis, podendo abranger, inclusive, ativos que não estejam mais operacionais.

Dessa forma, estas operações seriam notificáveis ao Cade, que, por sua vez, as analisaria através de seu controle de estruturas, podendo concluir que, a depender do grau de concentração gerado a partir da operação, a adoção de remédios concorrenciais se fizesse necessária - fossem eles estruturais ou comportamentais. Este controle preventivo é um mecanismo importante para garantir a competitividade nos diferentes elos da cadeia produtiva deste setor, especialmente em razão da recente tendência de concentração, bem como do grau de dependência entre os elos e do enorme impacto que o desequilíbrio da cadeia pode ocasionar ao consumidor final.

Como ressaltou o DEE/CADE (2020)⁴, a exclusividade entre distribuidores e fabricantes de defensivos agrícolas e fertilizantes não é incomum e muitas vezes pode ser justificada em razão do apoio prestado pelos fabricantes para a prestação de serviços adicionais aos seus clientes. Contudo, a figura dos distribuidores parece ser bastante central nesta cadeia produtiva, uma vez que produtores rurais beneficiam-se tanto da variedade de produtos que possam atender sua ampla gama de necessidades, como também de serviços adicionais fornecidos através do elo de distribuição, o que inclui, no caso dos defensivos agrícolas, por exemplo, os serviços de assistência técnica, consultorias de agrônomos, entrega programadas de insumos, financiamento da compra de insumos, consultorias sobre seguros e operações cambiais, além de programas de fidelização de clientes e armazenagem de grãos.

Assim, ao passo que Fiagros poderão, de fato, aprimorar o acesso a crédito no setor, considerando o histórico de concentração econômica comumente capitaneado através destes veículos de investimento nos diferentes segmentos que compõem o agronegócio, bem como outros elementos que corroboram com esta tendência de concentração, tal injeção de crédito há que ser acompanhada de boas doses de

⁴ Op cit, págs. 18-19.

competição, de modo que as bases para expandir o agronegócio brasileiro possam desenvolver raízes sólidas e sustentáveis.

Nós, que aqui estamos, por vós esperamos.

As premissas da teoria do direito como parâmetros de controle para introdução da teoria econômica no campo jurídico

Angelo Prata de Carvalho

A teoria do direito passou por diversas transformações e controvérsias no sentido de superar a utopia de objetividade proposta pelo positivismo do século XIX – formulada com o objetivo de assegurar a independência do ordenamento jurídico das razões ético-valorativas que orientavam visões jusnaturalistas –, inclusive com vistas a mitigar o entendimento segundo o qual o direito deveria ser estudado segundo aquilo que ele realmente é, ou seja, sem que se fizesse permanente referência a um direito ideal¹. Em outras palavras, a ideia de racionalidade que se atribuiu ao direito na atualidade em muito se afasta da objetividade cientificista pretendida, por exemplo, pela Escola da Exegese francesa e pela Pandectística alemã, que tiveram finalidades relevantes para a afirmação do pensamento jurídico em suas épocas e locais, porém vão radicalmente de encontro ao paradigma pós-positivista que governa a interpretação e a aplicação do direito na atualidade².

Em outras palavras, tanto não faria sentido atribuir ao direito um ideal de racionalidade descolado do contexto histórico em cultural do ordenamento em questão, quanto seria postura demasiadamente ingênua a que defendesse que o direito pudesse libertar-se da linguagem e dos mecanismos de interpretação em prol de uma objetividade aritmética ou mesmo de um raciocínio puramente consequencialista que desconsiderasse os bens tutelados pelas normas jurídicas. Pelo contrário, a dogmática jurídica é ideológica e historicamente localizada justamente em virtude da necessidade de manutenção de seu potencial persuasivo, tendo em vista que não faria sentido sustentar um direito descolado do ambiente social e cultural que o reproduz³.

Não é sem motivo que mesmo o positivismo normativista kelseniano, notadamente a partir da publicação da edição de 1960 da Teoria Pura do Direito, não deixa de levar em consideração o fato de que a interpretação e a aplicação do direito não constituem atos de conhecimento decorrentes da aplicação de método científico a um corpo de normas, mas sim atos de vontade consistentes na escolha fundamentada de uma conclusão dentre as várias possíveis sob a égide de determinado ordenamento⁴. Em outras palavras, mesmo os esforços de construção de estatuto de ciência ao direito não ignoram que,

¹ Ver: BOBBIO, Norberto. *O positivo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 136.

² É o que ensina, por exemplo, Miguel Reale: “Cada época, em verdade, fixa as normas e os limites de sua exegese do Direito, em função dos valores culturais dominantes, tendo representado grande avanço a compreensão de que a interpretação jurídica não constitui senão uma das formas constantes e fundamentais da Teoria Geral da Interpretação, ao lado da exegese filosófica, artística, histórica, etc. [...] Posta a questão nesse contexto, preciso é convir que as Escolas da Exegese e dos Pandectistas corresponderam aos ideais de seu tempo. A atitude que, aos olhos atormentados do jurisconsulto ou do politicólogo de nossos dias parece ser passiva perante a lei, era antes a única posição correspondente aos anseios e aspirações da civilização individualista. Foi somente quando esta entrou em crise, em virtude de ter-se revelado” (REALE, Miguel. Para uma hermenêutica jurídica estrutural. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 72, n. 1, pp. 81-91, 1977. p. 81.

³ Ver: ROESLER, Claudia. Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica. *Quaestio juris*. v. 8, n. 4, pp. 1-15, 2015.

⁴ Nesse sentido: “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo de cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 251).

na prática – ou naquilo que Kelsen chamou de “política do direito” –, o direito é necessariamente marcado por elementos valorativos.

Significa dizer que a busca por ideais de objetividade que são próprios das ciências exatas desafia a própria tentativa de descrição do estatuto epistemológico do direito, considerando que o pós-positivismo procurou justamente estruturar um conjunto de técnicas de interpretação e aplicação do direito que, conscientes da textura aberta⁵ das normas jurídicas, oferecessem não um caminho para superar subjetividades e ideologias, mas sim soluções que adequadamente refletissem os acordos constitutivos da sociedade que originou determinado sistema de normas⁶.

Em outras palavras, o giro linguístico representa a superação, pelo próprio positivismo, do apego típico do modernismo do século XVII (isto é, em sentido cartesiano, representante por antonomásia do pensamento do pós-medievo) as tentativas de demonstração matemático-empírica de fenômenos associados à conduta humana. Não é sem motivo que Deirdre McCloskey assevera que a metodologia oficial da ciência econômica é este “Modernismo” (ou, ainda “positivismo”, apesar do esforço da autora em separar a postura dos economistas do positivismo que é próprio das ciências sociais, que, não obstante, tende a ser apontado justamente como ideal metodológico), no qual qualquer outro elemento distinto de hipóteses falsificáveis em sentido popperiano deve ser descartado, tendo em vista que a ciência, a partir dessa concepção, apresenta-se como axiomática e matemática, separando seu campo do reino das formas, valores, beleza, bondade e qualquer outro elemento que não possa ser medido⁷.

Tal comentário faz referência direta à parêmia de *gustibus non est disputandum*, título de artigo de George Stigler e Gary Becker que vem a tornar-se verdadeiro bordão da análise econômica do direito, destinado a neutralizar a análise econômica de quaisquer aspectos que digam respeito às individualidades dos agentes que compõem os mercados e à formação dessas individualidades, imputando aos sujeitos parâmetros de racionalidade abstrata que se descolam da realidade concreta não por ignorarem que há uma realidade subjacente à ação individual, mas por deliberadamente ignorarem aspectos essenciais dessa realidade em prol de uma empiria estatística⁸ que, no afã de simplificar o mundo para explicá-lo, elege como instrumentos analíticos aqueles com suposto caráter de “cientificidade” – isto é, aqueles que são capazes de ser aferidos objetiva e matematicamente.

É por essa razão que Pierre Bourdieu, ao tratar das teorias da escolha racional (com expressa referência à obra de Becker e Stigler), assevera que “Esta filosofia atomista e mecanicista exclui puramente e simplesmente a história. Ela exclui, primeiramente, agentes cujas preferências, que não devem nada às experiências passadas, são inacessíveis às flutuações da história, a função de utilidade individual sendo decretada imutável ou, pior, sem pertinência analítica”⁹.

Evidentemente que as reflexões a respeito da introdução de critérios da análise econômica no raciocínio jurídico não ficam infensas a esse tipo de crítica direcionada às abordagens de inspiração neoclássica, de tal maneira que em larga medida também se pretende trazer para o campo jurídico abordagens que procuram superar (ou ao menos mitigar) alguns dos dogmas da economia neoclássica, como é o caso da economia institucional – que, justamente, admite que as regras do jogo a serem observadas pelos atores econômicos podem advir das mais diversas fontes, o que inclui normas culturais e constrangimentos oriundos do contexto histórico-social em que se inserem os agentes. No entanto, não

⁵ Nesse sentido: HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

⁶ Ver: CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

⁷ MCCLOSKEY, Deirdre N. *The rhetoric of Economics*. 2.ed. Madison: The University of Wisconsin Press, 1998. p. 142.

⁸ Para abordagem crítica da empiria estatística comumente adotada pela economia neoclássica, notadamente a respeito do conceito de significância, ver: ZILIAK, Stephen C.; MCCLOSKEY, Deirdre N. *The cult of statistical significance: How the standard error costs us jobs, justice, and lives*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2011.

⁹ BOURDIEU, Pierre. O campo econômico. *Política e Sociedade*. n. 6, pp. 15-57, abr. 2006. pp. 52-53.

se pode deixar de notar que mesmo os conceitos que compõem a economia institucional podem se instrumentalizados no intuito de perpetuar a lógica neoclássica, substituindo-se a maximização de utilidade¹⁰ por objetivos como a redução de custos de transação (que muitas vezes acaba por tornar-se verdadeiro sucedâneo daquilo que significa a eficiência alocativa para a economia neoclássica)¹¹.

O que se verifica, por conseguinte, é que, por mais que o direito contemporâneo tenha sido desenvolvido sobre sólidas bases metodológicas que resultaram da superação dos dogmas positivistas pelos pressupostos que marcam o chamado pós-positivismo – notadamente o giro linguístico e a assunção da postura hermenêutica segundo a qual o discurso jurídico é diretamente condicionado pela textura aberta da linguagem, de maneira a lançar à terra pretensões irreais de neutralidade ou absoluta objetividade –, o movimento de introdução de argumentos econômicos no discurso jurídico aponta para verdadeiro retrocesso no processo de amadurecimento da metodologia que é própria à ciência jurídica.

Isso porque o discurso da teoria econômica neoclássica tende justamente a eleger um método específico, baseado em presunções irreais de racionalidade, como resposta para problemas jurídicos que não conseguem ser resolvidos senão com uma abordagem abrangente, que leve em consideração tanto a textura aberta da linguagem quanto elementos sociais, políticos e culturais que invariavelmente moldam a normatividade que é própria do discurso jurídico. Curiosamente, a incerteza que advém das metodologias jurídicas – notadamente a hermenêutica jurídica – é justamente um dos pontos de crítica das abordagens que pretendem importar metodologias do campo econômico.

¹⁰ Ver: SKIDELSKY, Robert. *What's wrong with economics*. New Haven: Yale University Press, 2021. pp. 115-118.

¹¹ Nesse sentido, para análise empírica sobre o uso das ideias de Coase no contexto do Judiciário norte-americano, ver: WHITE, Barbara Ann. Coase and the courts: economics for the common man. *Iowa Law Review*. v. 72, pp. 577-635, 1987.

Se não têm concorrência, que comam brios.

Do horror ao populismo ao horror ao pobre no Direito da Concorrência

Angelo Prata de Carvalho

O Direito da Concorrência como um todo passa por um período de rediscussão de suas premissas. Isso porque as aparentemente sólidas bases do Antitruste norte-americanos, sedimentadas ao longo de várias décadas de repetição do breviário neoclássico da Escola de Chicago, vêm sendo progressivamente criticadas e até superadas em razão da ascensão de uma escola crítica – hoje já ocupando cargos de destaque na política de defesa da concorrência dos Estados Unidos – que questiona tanto as metodologias fixadas pelo posicionamento antes dominante quanto dogmas como a eleição do “bem-estar do consumidor” como finalidade do Direito da Concorrência, passando-se então a admitir outros fins a serem perseguidos por este ramo do direito.

Já se teve a oportunidade de afirmar nesta coluna a perplexidade que se deve ter diante da importação desse debate ao contexto brasileiro, no qual a Lei de Defesa da Concorrência não se fundamenta no direito norte-americano, mas sim em uma ordem econômica constitucional que remonta a tradição jurídica radicalmente diversa daquela que contamina a água de Chicago. Assim, da mesma maneira que é forte a tentação por aplicar-se o direito alheio quando suas metodologias parecem oferecer caminhos mais simples a questões essencialmente complexas em nosso sistema constitucional, é também comum a difusão de críticas a transformações operadas no direito estrangeiro que, na verdade, direcionam-se contra as próprias bases do direito pátrio.

É este o caso da chamada crítica ao “populismo antitruste”, normalmente definido como a instrumentalização do Direito da Concorrência para a obtenção de finalidades políticas, extrapolando seu cariz técnico de tutela dos mercados e do bem-estar do consumidor para tutelar também outros bens jurídicos (que, normalmente, teriam maior interesse eleitoral). Chama a atenção, nesse ponto, a ambivalência que marca o conceito de populismo para os seus críticos no Direito da Concorrência, que não raro aproximam a utilização do Antitruste para a promoção de outros objetivos que não a proteção do bem-estar do consumidor conforme definida por Bork (ou, *mutatis mutandis*, a eficiência alocativa dos mercados), movimento comumente associado ao “populismo antitruste”, da ascensão de governos populistas, que, caracterizados por algum grau de autoritarismo, imprimiriam tal atributo também à política de defesa da concorrência ao torná-la mais interventiva sobre os mercados.

Conforme explica Hovenkamp, a inserção do Direito da Concorrência no debate político é de fundamental importância para a própria difusão da livre concorrência, no entanto a utilização do Antitruste como ferramenta de política econômica muitas vezes se opõe ao que o autor denomina “Antitruste Técnico”, isto é, as abordagens de Direito da Concorrência que estabelecem o conjunto de circunstâncias sociais desejáveis para que se obtenha um ambiente concorrencial considerado saudável, a serem perseguidas com a implementação das normas de defesa da concorrência em prol do incremento da eficiência alocativa, da eficiência produtiva, e do bem-estar do consumidor¹. A preocupação do Direito da Concorrência, assim, seria com o poder econômico propriamente dito, e não com o poder político, de forma que se teria de partir da premissa de que haveria uma rigorosa separação entre as duas searas.

Acontece que partir da premissa abstrata e metafísica de que o poder econômico pode ser analisado de maneira completamente estéril e controlada, indene de influências do poder político, significa ignorar não somente a natureza do poder e de suas repercussões, mas principalmente ignorar o contexto social complexo em que são essas repercussões produzidas. Da mesma maneira, entender-se

¹ HOVENKAMP, Herbert. Whatever Did Happen to the Antitrust Movement? *Notre Dame Law Review*. v. 94, n. 2, pp. 583-638, 2018.

que o Direito da Concorrência deve ser aplicado com base em pressupostos técnicos objetivamente definidos, em contraposição a visões mais abrangentes e preocupadas com outros objetivos – que seriam, então, denominadas populistas e atécnicas, na medida em que apelariam para o *pathos* em lugar do *logos* –, significa, especialmente na matriz constitucional brasileira, ignorar que somente se pode pensar em livre concorrência em conjunto com a valorização do trabalho humano, a justiça social, a soberania nacional, a propriedade privada e sua função social, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego.

Atécnico seria, por conseguinte, entender que o Direito da Concorrência brasileiro deveria partir de premissas outras que não aquelas fixadas pela Constituição da República, o que acaba ocorrendo especialmente quando são adotadas compreensões abrangentes e universalizantes sobre o Antitruste (ou, ainda, que advoguem pela “convergência” das políticas de defesa da concorrência), que no mais das vezes ignoram as distintas tensões a que são submetidas as diferentes jurisdições. Ignora-se, aliás, as dilacerantes desigualdades que marcam sobretudo os países da periferia global, que não elaboraram regimes constitucionais protetivos por outro motivo senão a necessidade de tutela dessas desigualdades, das riquezas naturais constantemente submetidas à exploração desmedida, do desemprego e da exploração brutal do trabalho humano, do fantasma da fome que já assombra o cotidiano de mais de trinta milhões de brasileiros, dentre muitas outras tensões que definem o comportamento do indivíduo muito mais do que seu ímpeto de comprar ou não produtos *premium* ou de buscar um hospital a um determinado raio de sua residência.

A crítica ao dito “populismo” parece deliberadamente ignorar a realidade complexa em que se insere o Direito da Concorrência para guindá-lo ao posto de técnica isenta, aplicável em um ambiente controlado e indene que muito mais se assemelha à paz de cemitério repleto dos sepulcros caiados mencionados pelo evangelista. Afirmo Schrepel² que, nos últimos trinta anos, o Direito da Concorrência (norte-americano) afastou-se de “ideias populistas” que o instrumentalizariam como uma “simples ferramenta política” (*simple political tool*). Evidentemente que o Direito da Concorrência não é uma simples ferramenta política, ou, no mínimo, não é *apenas* uma ferramenta política, porém ignorar o papel político do Direito da Concorrência – assim como a sua importante função de implementação de políticas públicas – é posicionamento que não somente beira a ingenuidade épica a que alude Adorno³ (na medida em que se limita a expor um único aspecto de uma realidade complexa em prol da beleza da narrativa), como procura ocultar por detrás da objetividade técnica das metodologias econômicas a escolha ideológica pela promoção da eficiência alocativa (no mais das vezes travestida de “bem-estar do consumidor”).

O que Schrepel critica, assim, é o fato de que aquilo que denomina populismo – ou, na expressão que o autor cunhou, nas abordagens “românticas” do Direito da Concorrência – demoniza uma elite “tecnológica” (sendo notável o receio do autor com a carga valorativa da expressão – possivelmente mais precisa – “tecnocrática”) cujos interesses seriam contrários àqueles dos dominados, de sorte que consumidores e pequenos empresários seriam constantemente oprimidos pelas grandes corporações e, na atualidade, pelos gigantes tecnológicos, por mais que tais agentes dominantes possam eventualmente colaborar para dinamizar o sistema econômico. Joshua Wright⁴ e Aurelien Portuese, em sentido

² SCHREPEL, Thibault. Antitrust without romance. *New York University Journal of Law & Liberty*. v. 13, n. 2, pp. 326-431, 2020.

³ ADORNO, Theodor. Sobre a ingenuidade épica. In: _____. *Notas de literatura I*. São Paulo: 34, 2003. pp. 47-54.

⁴ WRIGHT, Joshua; PORTUESE, Aurelien. Antitrust populismo: towards a taxonomy. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=770086120101088002118088103078108102097019000017052006005002009125003114010120026098011033116011014051125089013101089079091101119041046028050091096095111118005100030052077045008066094083027001093087101091087071110090096023109016073113027015000081083097&EXT=pdf&INDEX=TRUE>.

semelhante, sustentam que o “populismo” prejudica a objetividade e a certeza dos parâmetros de análise antitruste em prol de objetivos excessivamente vagos, ignorando a atividade inovativa de grandes agentes econômicos e os benefícios que produzem ao mercado.

É verdade que determinadas metodologias econômicas são capazes de identificar benefícios oriundos da concentração de mercado em torno de grandes agentes econômicos, ou mesmo na supressão da concorrência em razão de artifícios engenhosos produzidos por agentes inovadores – fenômeno comum na era digital. No entanto, partir da premissa de que o Direito da Concorrência deve se reduzir a essas metodologias econômicas e adotar objetivos que são, na verdade, simplificações deliberadas de elementos complexos de uma realidade social multifacetada, consiste em produzir um grosseiro arremedo dos mercados e especialmente das sociedades em desenvolvimento, castigadas por inúmeras mazelas que invariavelmente transformam a organização do sistema econômico em objeto de preocupação política.

Não se trata, assim, de criar maniqueísmos inexistentes ou demonizar determinados grupos de agentes ao defrontá-los com os mais afetados por suas práticas, mas sim de reconhecer que tutela do sistema econômico é inafastavelmente política, e apontar tais preocupações como populistas leva à invisibilização dos indivíduos ocultos pela figura diáfana do consumidor. É preocupante, aliás, que o consumidor seja diáfano a ponto de se lhe poder olhar através, pois ignora-se que o “consumidor” representa, em última análise, a massa de desfavorecidos cuja sorte se encontra abandonada ao arbítrio tanto da tecnocracia que alegadamente deveria orientar a aplicação do Direito da Concorrência quanto do poder econômico dos agentes dominantes. Daí a razão pela qual, especialmente em países em desenvolvimento, a crítica ao populismo muito mais se assemelha à síndrome de Caco Antibes: o horror a pobre.

O CNPE e a concorrência no mercado de gás

Daniela Santos

Minha coluna de hoje é sobre a Resolução nº 3, de 7 de abril de 2022, do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), que estabelece as diretrizes estratégicas para o *desenho do novo mercado de gás natural, os aperfeiçoamentos de políticas energéticas voltadas à promoção da livre concorrência nesse mercado, os fundamentos do período de transição*.

O contexto dessa Resolução foi a necessidade de construir soluções, ainda que transitórias¹, para garantir, na prática, a concorrência no mercado de gás natural no Brasil. E isso decorreu dos avanços atuais que, por certo, apontaram para problemas/limites que ainda impedem a plena observância dos princípios do Novo Mercado de Gás (NMG) e dos objetivos pretendidos com o desinvestimento da Petrobras no setor, nos termos indicados pelo Termo de Compromisso de Cessação (TCC do gás), celebrado com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em 2019.

Foram muitas as diretrizes, medidas e princípios dispostos na Resolução. Todos eles já dispostos em outras normas, experimentados em outros mercados, e reconhecidos como fundamentais para a transição entre um mercado restrito para um mercado seguro e confiável com a participação de diversos agentes.

Mas além do (importante) reforço de tais parâmetros pelo CNPE – vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministério de Minas e Energia – há novidades importantes que devem ajudar no crescimento do mercado de gás enquanto o CADE não sinaliza com decisões mais objetivas no âmbito do TCC do Gás e a Agência Nacional do Petróleo, Gás e Biocombustíveis não finaliza itens fundamentais da sua extensa agenda regulatória.

Mas vamos em partes. Em primeiro lugar, chama atenção para o (correto) apoio dado às diretrizes estratégicas do novo mercado de gás natural no Brasil, especialmente aquelas que indicam a necessidade de dinamismo e acesso à informação (transparência), a participação dos agentes do setor e a promoção à competição na oferta do gás natural (sem perder de vista o respeito aos contratos).

Neste sentido, cito algumas diretrizes que me chamaram a atenção:

- ✓ remoção de barreiras econômicas e regulatórias às atividades de exploração e produção de gás natural;
- ✓ implementação de medidas de estímulo à concorrência que limitem a concentração de mercado e promovam efetivamente a competição na oferta de gás natural;
- ✓ reforço da separação entre as atividades potencialmente concorrenciais, produção e comercialização de gás natural, das atividades monopolísticas, transporte e distribuição;
- ✓ aumento da transparência em relação à formação de preços e a características, capacidades e uso de infraestruturas acessíveis a terceiros;
- ✓ promoção do acesso não discriminatório e transparente de terceiros aos gasodutos de escoamento, Unidades de Processamento de Gás Natural - UPGNs - e Terminais de Regaseificação;
- ✓ promoção da harmonização entre as regulações estaduais e federal, por meio de dispositivos de abrangência nacional, objetivando a adoção das melhores práticas regulatórias;

¹ Art. 6º Fica estabelecido o período de transição para o novo desenho de mercado de gás natural até o término do processo de fusão de áreas de mercado de capacidade do sistema de transporte.

- ✓ promoção de transição segura para o modelo do novo mercado de gás natural, de forma a manter o funcionamento adequado do setor.

E como se não bastassem tais diretrizes, o CNPE também confirmou os princípios da transição para um mercado de gás natural concorrencial, que deve primar pela segurança do abastecimento, pela celeridade e pelo fortalecimento e autonomia das agências reguladoras e da autoridade de defesa da concorrência.

Os objetivos da transição também são descritos na Resolução CNPE nº 3/22. Cito apenas alguns deles:

- ✓ promover um mercado transparente, concorrencial e líquido de gás natural, tanto no atacado como no varejo, com diversidade de agentes do lado da oferta e da demanda;
- ✓ restringir situações de transações entre comercializadores e concessionárias de distribuição de gás canalizado que sejam partes relacionadas;
- ✓ promover a transparência e o estabelecimento de regras claras para o acesso negociado e não discriminatório às infraestruturas de escoamento e processamento de gás natural e aos Terminais de Gás Natural Liquefeito - GNL;
- ✓ promover a transparência do teor dos contratos de compra e venda de gás natural para o atendimento ao mercado cativo; e
- ✓ incentivar a adoção voluntária, pelos Estados e o Distrito Federal, de boas práticas regulatórias relacionadas à prestação dos serviços locais de gás canalizado, que contribuam para a efetiva liberalização do mercado, o aumento da transparência e da eficiência, e a precificação adequada no fornecimento de gás natural por segmento de usuários.

E tudo isso, sem esquecer da necessidade de (i) **coordenação** das atividades, (ii) **concentração das operações** de compra e venda de gás em um ponto virtual de negociação (que servirá como **referência** para os produtos relacionados à flexibilidade e ao balanceamento da rede), (iii) **padronização** dos contratos, (iv) **redução da tarifa** relacionada às interconexões e a **efetiva interconexão** das instalações do sistema de transporte, (v) a **adequação** de procedimentos e padrões utilizados pelos agentes, (vi) a implantação de **programas para a liberação progressiva de gás natural** (com a supervisão da ANP e dos órgão de defesa da concorrência) e (vii) **simplificação e periodicidade** dos processos de oferta de capacidade de transporte de gás natural. Grifei as palavras-chave para não restar dúvidas sobre os propósitos legítimos e necessários na consecução dos objetivos do NMG.

Para atingir tais objetivos, o MME se comprometeu a disponibilizar, no seu site, os prazos indicativos sobre: (i) interconexão de gasodutos de transporte; (ii) oferecimento de capacidade de transporte; (iii) troca de informação entre usuários e operadores de rede; (iv) elaboração de código de conduta e prática de acesso à infraestrutura; (v) processo de código de rede; (vi) informações sobre a constituição do conselho de usuários e (v) informações dos proprietários e operadores de infraestruturas essenciais. Previsibilidade, transparência e acesso às informações são essenciais para a estruturação do mercado de gás natural no Brasil.

Ademais, para além dos pontos que fazem referência ao transporte de gás natural, os temas que mais chamaram a atenção no artigo 8º da Resolução dizem respeito: (i) ao estímulo à participação ativa na comercialização de gás a curto prazo (para dar maior liquidez e transparência na formação de preços) e (ii) ao **prazo de 180 dias para a conclusão das negociações entre os operadores de instalações e infraestruturas essenciais e o terceiro interessado no acesso – senão a ANP poderá atuar para verificar eventuais “condutas anticoncorrenciais ou de controvérsias entre as partes”, devendo deliberar em 90 dias sobre o caso.** Espera-se que, ao se estabelecer prazos, o mercado tenha mais previsibilidade,

transparência e segurança nas negociações de acesso. Mais um reforço no papel (protagonista) do regulador federal – sem perder de vista que, havendo dúvida sobre as “condutas anticoncorrenciais” sempre será possível consultar os órgãos de defesa da concorrência.

Ainda sobre acesso não discriminatório às infraestruturas essenciais, a Resolução CNPE reforça os seus princípios gerais (muitos deles já observados no *case* de acesso à UPGN Guamaré, por exemplo) merecendo destaque aquelas que ainda não foram implementados total ou parcialmente, quais sejam, os que estabelecem que (i) a remuneração para o acesso deva ser baseada em critérios objetivos e considerar um retorno justo e adequado do investimento, a partir de uma prestação de serviço eficiente; (ii) que toda recusa ao acesso deva ser devidamente justificada; e (iii) que os proprietários ou operadores devam dar transparência e disponibilizar dados e informações sobre as instalações de gás natural, contendo no mínimo: as remunerações dos serviços prestados; as capacidades disponíveis, contratadas e utilizadas; os atuais usuários das instalações; e as negociações em curso, especificando a data de início.

Outro importante tema tratado na Resolução CNPE nº 3/22 diz respeito às medidas estruturais e comportamentais que devem ser observadas pelos agentes que ocupem uma posição dominante no setor – as quais vão desde a alienação total das ações nas empresas de transporte e distribuição até venda de gás em leilões.

O CNPE também ratificou a importância da harmonização das legislações estaduais, ao indicar as medidas que esperam ser tomadas pelos estados, inclusive via aditivo contratual, com as suas concessionárias distribuidoras. Recomendou, também, a articulação do MME, ANP e EPE para treinamento e capacitação das agências reguladoras estaduais. Todos, pontos fundamentais – e ainda pendente em vários estados – para o sucesso do NMG!

Por fim, sobre as condições de concorrência no mercado de gás, o CNPE recomendou a elaboração de um **diagnóstico conjunto** entre ANP, MME, ME e CADE, em seis meses, o que é de extrema importância para a tomada de decisões estratégicas no sentido de assegurar a desconcentração da oferta do gás natural. Faço menção aos integrantes do Fórum do Gás – em especial à Juliana Rodrigues, especialista em energia da ABRACE – que sempre defenderam diretrizes de transição bem semelhantes às apresentadas pelo CNPE.

Vamos em frente nos caminhos indicados pelo CNPE.

Stock vs. Campari: A proteção do *Know-How* segundo o STJ

Eduardo Molan Gaban

Apesar de o termo “*know-how*” não ser utilizado em textos legais ou em normativas do Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, a sua tutela é de extrema importância no contexto das normas de proteção à propriedade industrial, uma das facetas de proteção à propriedade intelectual.

Traduzido como “saber fazer alguma coisa”, ou “saber fazer alguma coisa que não é de domínio público”, o *know-how* é protegido na medida em que se refere aos conhecimentos, tecnologias, dados ou métodos técnicos passíveis de valoração econômica dotados por alguma pessoa específica.

Não é novidade que aquele que detém técnicas e tecnologias do negócio se destaca no mercado. Por isso, a Lei de Propriedade Intelectual (Lei nº 9.279/96) protege as informações e os segredos industriais que não são de conhecimento público ou evidentes para um técnico no assunto, e sanciona a conduta de quem utiliza, sem autorização, o *know-how* a que teve acesso durante a relação contratual¹.

Na prática, isso quer dizer que está sujeito às penas de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa quem praticar alguma das ações descritas no *caput* do artigo 195 da LPI. Porém, até que ponto pode-se considerar que houve apropriação indevida de *know-how* obtido no âmbito da relação contratual?

Esta foi a controvérsia discutida no Recurso Especial nº 1.727.824, no qual figurou como recorrente a Campari Do Brasil LTDA. (“Campari”) e como recorrida a Distillerie Stock Do Brasil LTDA. (“Stock”).

No caso, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reformou acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo e, por unanimidade, rejeitou o pedido de indenização feito pela Stock em razão de suposto uso indevido de seu *know-how* pela Campari.

Na ação de indenização que deu origem ao recurso, a Stock argumentou que manteve contratos para distribuir no Brasil a bebida fabricada pela Campari, a qual, após 30 anos de relacionamento comercial, decidiu não renovar o acordo, causando-lhe prejuízos. A Stock alegou ainda que a Campari, ao passar a fazer ela mesma a distribuição de seu produto no país, teria se apropriado de informações sobre organização de vendas e cadastro de clientes que integravam o *know-how* da antiga distribuidora, o que caracterizaria concorrência desleal.

Alegou, assim, que foi vítima de atividade lesiva por parte da Campari, a qual teria se apropriado de sua organização de vendas e de seu cadastro de clientes, impondo condições comerciais injustificáveis, com abuso de direito e abuso de poder econômico. O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau, sob o fundamento de que não foi demonstrado nenhum abuso nos contratos, os quais foram devidamente assinados pelas partes.

Após apelação por parte da Stock, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) entendeu que a Campari utilizou, de forma não autorizada e sem a devida remuneração, o *know-how* desenvolvido pela Stock.

¹ Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...) XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato (...).

Posteriormente, o TJSP determinou também o retorno dos autos à origem para que identificassem os elementos integrantes do *know-how*, qualificados como secretos e originais, que teriam sido supostamente apropriados pela Campari, a fim de se determinar se estes se incluem ou não em eventual proteção legal ou contratual.

O TJSP, mesmo assim, apenas reafirmou que o *know-how* supostamente apropriado estaria centrado, simples e genericamente, nos conhecimentos em vendas e na atividade de distribuição exercida pela Stock. Ou seja, a decisão deixou de identificar, pontualmente, qual a técnica de distribuição de produtos que seria original e/ou eventualmente secreta, ou seja, que ultrapassasse dos conhecimentos e informações já conhecidas em função do exercício legítimo do seu poder de controle na qualidade de fornecedor sobre o seu distribuidor exclusivo.

O STJ, por sua vez, decidiu que não foi possível identificar apropriação indevida de segredo industrial diante da ausência de delimitação pelo TJSP dos elementos de *know-how* da Stock que teriam sido utilizados indevidamente pela Campari.

O Ministro Relator do voto condutor, Ricardo Villas Bôas Cueva, decidiu que o Tribunal de origem não identificou nenhum elemento ou técnica distintiva original ou protegida por sigilo, legal ou contratualmente, a indicar apropriação indevida de *know-how*, de tal forma que a organização de lista de clientes ou a dinâmica de vendas transferida contratualmente não tem o condão de embasar pedido indenizatório.

Na sua fundamentação, aduziu que “a formação de clientela está normalmente associada às estratégias de *marketing* utilizadas pelo fabricante, à qualidade do produto e à notoriedade da marca, e não ao esforço e à dedicação do distribuidor”, mencionando um outro precedente da Terceira Turma sobre o mesmo tema (REsp nº 1.605.281/MT).

Em conclusão, o STJ decidiu, unanimemente, que não é devida indenização pela alegada apropriação indevida de *know-how* por não se verificar fato que escape a essa regra, vez que as informações alegadamente utilizadas estão dispostas em contrato celebrado entre as partes, por meio do qual a Stock se obrigou expressamente a fornecê-las.

Da análise do caso, observa-se que a decisão do STJ foi pautada em três principais pontos: (i) ausência de identificação, pelo Tribunal de origem, dos elementos ou técnicas distintivas originais ou protegidas por sigilo a indicar apropriação indevida de *know-how*; (ii) disposição das informações supostamente utilizadas indevidamente no contrato celebrado entre as partes, por meio do qual a Stock se obrigou a fornecer; e (iii) formação de clientela associada às estratégias do fabricante, qualidade do produto e notoriedade da marca, não pelo esforço e dedicação do distribuidor.

Conforme doutrina utilizada pelo próprio ministro relator do caso, “O *know-how* pode ser compreendido como arte empresarial e como conhecimento técnico e dinâmico, mas o aspecto distintivo, para o direito, é a existência de um segredo, de modo que a tutela jurídica do *know-how* se dá não porque é *know-how*, mas porque é segredo”².

Assim, na prática, o relator, acompanhado pelos demais membros da Terceira Turma do STJ, debruçou-se sobre a existência ou não de violação de segredo de negócio - o qual, no caso específico, não se comprovou existir, uma vez que o contrato firmado entre as partes previa expressamente o compartilhamento das informações supostamente utilizadas indevidamente pela Campari.

Com esse resultado, que encerra quase duas décadas de litígio, a Campari não mais indenizará a Stock no valor de cerca de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) por contrato firmado na década de 70.

² ROSSI, Juliano Scherner. Análise Econômica do *Know-How*, in: **Direito e Economia I**, ISBN: 978-85- 68147-73-3. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=075a0fee1ce99f7d>. Acesso em: 25 de abril de 2022.

Protocolo Antitruste, Canja de Galinha e M&A: Melhor prevenir que remediar

Eduardo Molan Gaban

Nesta semana de comemorações do aniversário de 10 anos da Lei de Defesa da Concorrência, brindamos uma das inovações mais expressivas da nova lei: a instituição do controle prévio de atos de concentração no Brasil.

Trata-se de um instrumento jurídico que aumentou a eficácia da tutela antitruste sobre operações de M&A de submissão obrigatória ao CADE (também conhecido como “controle de estruturas”). No modelo anterior (Lei nº 8.884/1994), a anuência do CADE era posterior à consumação das operações. Nas hipóteses de imposição de restrições ou até mesmo vetos, a autoridade antitruste enfrentava sérios problemas, já que usualmente lidava com fatos consumados. Isso gerava situações de difícil reversibilidade como aquela envolvendo a aquisição da Garoto pela Nestlé, dentre outras.

Segundo a Lei, as operações empresariais de submissão obrigatória não podem ser consumadas antes da aprovação irrestrita do CADE, sob pena de nulidade e de imposição de pesadas sanções pecuniárias (podem atingir o patamar de R\$ 60 milhões).¹

Nesses 10 anos de vigência, a jurisprudência do CADE estabeleceu bem a abrangência do conceito de “consumação”. Esta abrange desde as situações mais óbvias, como os fechamentos de operações de M&A, às situações menos óbvias, como o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis fora do contexto de efetivos protocolos antitruste.

A Lei e a jurisprudência são muito claras: *gun jumping* é uma infração processual. Para a aplicação dessa sanção processual pouco importa se a operação é analisada sob rito sumário ou ordinário. Ainda, pouco importa se resulta sobreposição horizontal ou integração vertical. Basta ser de submissão obrigatória para estarem as partes obrigadas a se acatelaarem para não antecipar os efeitos da consumação antes da decisão de aprovação irrestrita do CADE.

Se hoje está muito claro o que pode e o que não pode ser feito para se evitar a autuação por *gun jumping*, no início de vigência da Lei, o tema causava grande insegurança. Nesse sentido, na época, o CADE publicou o “Guia Para Análise Da Consumação Prévia De Atos De Concentração Econômica”. O Guia, de caráter orientativo e não vinculante, coletou boa parte da experiência internacional sobre o tema (leia-se, dos EUA e da EU) e ajudou a esclarecer qual seria a abrangência do conceito de “consumação” e de atos que antecipariam, na perspectiva antitruste, seus efeitos.

Além disso, também em alusão à experiência internacional, o Guia também colaborou em conscientizar o público local sobre as usuais alternativas contratuais (Protocolo Antitruste, *Clean Teams* etc.) empregadas nas operações de M&A em outras jurisdições para auxiliar as partes a mitigarem riscos de serem autuadas por *gun jumping*.

Todavia, talvez pela incipiência do momento de sua publicação (logo no início da vigência da Lei), o Guia gerou ambiguidades no tocante à regra de incidência da norma sancionatória do *gun jumping*. Isto é, se por um lado apresentou o amplo leque de situações que caracterizariam antecipação dos atos de consumação de operações de M&A, o Guia gerou ambiguidade ao afirmar que os fatores mitigadores como Protocolos Antitrustes e *Clean Teams* seriam recomendáveis apenas em operações grandes e complexas.

¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4ª ed. Saraiva. 2016. p. 135.

Ora, sendo o *gun jumping* uma infração processual, pouco ou nada importa a magnitude ou relevância concorrencial da operação de M&A para livrar as partes da sanção. Fosse procedente essa assertiva do Guia, *ad absurdum tantum*, todas as punições por *gun jumping* aplicadas pelo CADE em atos de concentração de procedimento sumário seriam nulas de pleno direito já que impostas em operações com pouca ou nenhuma relevância concorrencial.²

Em verdade, falha o Guia nesse aspecto já que a irrelevância concorrencial de uma operação de M&A (isto é, resultante de baixa ou nenhuma concentração horizontal ou integração vertical) não caracteriza hipótese de não incidência da norma de *gun jumping* contida na Lei Antitruste.³

Em julho de 2019 foi aprovada a Resolução nº 24/2019. Essa Resolução disciplina procedimentos administrativos para apuração de atos de concentração. Até a edição da referida Resolução, o CADE calculava a multa por *gun jumping* com base nas diretrizes gerais previstas na Lei Antitruste para a dosimetria das penas por infração à ordem econômica, quais sejam a boa-fé do infrator, situação econômica do infrator, efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, grau de lesão à livre concorrência e reincidência. Até então, a autarquia havia imposto multas por *gun jumping* em 17 operações de M&A. Em dez delas, o valor desembolsado por infratores foi inferior a R\$ 1 milhão; em outros seis casos, o valor das multas variou entre R\$ 1 milhão e R\$ 3 milhões; e a multa recorde foi de R\$ 30 milhões.

Na vigência da Resolução nº 24/2019, a multa para os casos de *gun jumping* passou a ser calculada à partir de uma pena-base de R\$ 60 mil, sendo majorada: (i) pelo decurso do prazo, no valor equivalente a 0,01% do valor da operação por dia de atraso, contado da data da consumação até a notificação do ato de concentração ou da emenda, caso houver; (ii) pela gravidade da conduta, em até 4% do valor da operação; e (iii) pela intencionalidade, em até 0,4% do faturamento médio dos grupos econômicos envolvidos, conforme a boa-fé do infrator.

Mesmo nesse contexto de abundante amostragem de “como” e “quando” as partes devem se acautelar com a não consumação prematura das operações de M&A, empresas ainda negligenciam os mandamentos legais e tomam desnecessário risco junto ao CADE. Exemplo disso parece ter sido a aplicação de multa, durante a última Sessão Ordinária de Julgamento do CADE, no montante de R\$ 60 milhões, conforme se passa a expor⁴.

Em novembro de 2020, o CADE recebeu denúncia formulada pela Suez. Segundo a denúncia, o negócio jurídico não submetido à anuência prévia do CADE consistiu na aquisição, pela Veolia, de ações detidas pela Engie e representativas de 29,9% do capital social e votante da Suez⁵.

Em sua resposta, a Engie, a fim de justificar a ausência de notificação prévia da operação, informou que, no momento da alienação da participação de 29,9% da Suez para a Veolia, a Engie, como

² Nesse sentido, veja-se ACs nº 08700.005775/2013-19; 08700.008289/2013-52; 08700.008292/2013-76; 08700.002285/2014-41; e 08700.002655/2016-11

³ A ressalva quanto ao grau de segurança jurídica do Guia está presente na sua página 6, na qual se lê: “Deve-se destacar também que, por suas próprias características, eventual prática de *gun jumping* deve ser sempre analisada e verificada conforme as particularidades de cada caso, não sendo possível fazer generalizações em abstrato que sejam aplicáveis a todas as situações. Não obstante, os parâmetros abaixo podem ser utilizados como referências para agentes econômicos em suas negociações e avaliações de atos de concentração”. Em suma, embora possua importância para aclarar algumas hipóteses, não possui força de precedente ou jurisprudência. Portanto, as partes devem tomar a devida cautela de analisar, em primeira mão, a lei antitruste, para que não sejam erroneamente induzidas a erro pelo Guia. Nesse sentido, vide: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4ª ed. Saraiva. 2016. p. 137.

⁴ Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.005713/2020-36.

⁵ Cumpre pontuar, por oportuno, que operação referente a aquisição do controle da empresa alvo apenas foi notificada em maio de 2021, ou seja, após a denúncia da Suez. Nesse sentido, o Ato de Concentração nº 08700.002455/2021-17.

vendedora, assegurou que a Veolia, como adquirente, tivesse adotado as medidas necessárias para evitar qualquer consumação prematura da operação, através do compromisso da Veolia de (i) não exercer os direitos de voto inerentes à participação minoritária adquirida na Suez, e (ii) não ser representada no conselho da Suez até que todas as aprovações relevantes tenham sido obtidas.

A Veolia, por sua vez, argumentou que a aquisição da participação societária da Engie foi apenas o primeiro passo da proposta de aquisição, pela Veolia, do controle acionário sobre a Suez – não devendo, portanto, ser analisada como uma operação independente. Aduziu, assim, que esta etapa integrava parte de uma oferta pública, de forma que a aquisição se inseriria em hipótese de isenção prevista no art. 107, §1º, do Regimento Interno do CADE (RICADE), que autoriza a realização de aquisições feitas por meio de ofertas públicas antes da aprovação final pelo CADE, desde que não houvesse exercício dos direitos políticos atrelados à participação adquirida.

A Veolia explicou, ainda, que mesmo que se considerassem as operações como independentes e, portanto, de notificação obrigatória, o negócio entabulado entre as partes seria comparável a uma aquisição feita no contexto de uma oferta pública e, conseqüentemente, a operação ainda se beneficiaria da isenção prevista no art. 107 do RICADE. Alegou, ao final, que independentemente da forma de análise da operação, a aquisição não resultaria em preocupações concorrenciais.

A despeito das justificativas apresentadas pelas representadas, a Superintendência Geral do CADE (SG) assinalou que as representadas assinaram contrato de compra e venda de ações no contexto da operação objeto de apuração, a qual - diferentemente do que ocorre nas aquisições de ações em bolsa e nas ofertas públicas de ações - foi deliberadamente implementada pelas partes antes de qualquer avaliação do CADE.

Nessa linha, aduziu a SG que, caso a aquisição inicial fizesse parte de uma pretendida operação mais abrangente (*i.e.*, de aquisição de controle), a Veolia (i) teria apresentado, sucessivamente, a oferta unilateral de aquisição do controle (que só foi apresentada três meses depois da aquisição de 29,9% das ações da Suez) ou (ii) teria realizado pré-notificação da operação ao CADE, considerando o porte econômico das partes. Porém, no caso, somente houve a pré-notificação após a oferta de aquisição de controle pela Veolia.

Por tais razões, a SG considerou que a aquisição de 29,9% das ações da Suez não foi realizada como uma primeira etapa para aquisição do controle da Suez pela Veolia, uma vez que se trata de negócio jurídico independente, válido e que já possuía eficácia, mesmo sem o exercício de direitos políticos decorrentes dessas ações.

Concluiu a SG, por fim, que a transferência de titularidade das ações da Suez à Veolia imediatamente após a celebração do contrato com a Engie já caracterizaria a consumação da operação com efeitos imediatos ao mercado, independentemente do exercício ou não dos direitos políticos por parte da Veolia.

Após estes desdobramentos, as representadas manifestaram seu interesse em realizar acordo junto ao CADE para encerramento do caso. Para tanto, a Veolia apresentou uma proposta de acordo, na qual se comprometeu a pagar R\$ 60 milhões como contribuição pecuniária por ter consumado operação com a Engie sem autorização prévia da autarquia. Como visto, os R\$ 60 milhões de reais correspondem ao valor máximo previsto na legislação para casos de *gun jumping*.

Na Sessão de 25 de maio de 2022, a conselheira relatora do caso, Lenisa Prado, reconheceu a configuração de *gun jumping* e votou pela homologação da proposta de acordo apresentada. O entendimento da relatora foi seguido pelo Tribunal, por unanimidade.

Todos estes pontos demonstram que o CADE procura maximizar a eficácia das regras de notificação prévia de operações de M&A de submissão obrigatória. E, para tanto, está empreendendo esforços para endurecer as sanções, em especial no caso de operações envolvendo valores elevados entre grupos econômicos de grande porte. Nesse tipo de caso, os critérios de dosimetria da Resolução nº

24/2019 provavelmente sujeitarão as partes a multas próximas ao máximo legal (R\$ 60 milhões). Isso ainda que o caso em si não suscite qualquer preocupação concorrencial de mérito, isto é, seja passível de análise pelo rito sumário – exatamente como foi o caso da operação envolvendo a Veolia e a Engie, que foi aprovada sem restrições.

É importante que agora, mais do que nunca, as partes de uma operação de M&A tenham em mente o comportamento mais rigoroso do Tribunal e evitem potenciais violações da legislação, especialmente em relação a trocas não acauteladas de informações, integração prematura dos negócios das partes, transferência do controle de gestão, coordenação do comportamento competitivo e transferência de uma quantidade excessiva do risco de negócio associado ao negócio do alvo.

Como bem prega o ditado popular: “precaução e canja de galinha não fazem mal a ninguém”.

Tribunal de Contas da União e investimentos no Brasil:

A fiscalização do TCU sobre desestatizações

Elísio Freitas

Primeiramente gostaria de comentar que é uma honra ter a oportunidade de escrever nesta coluna para o Web Advocacy. Tratar sobre temas importantes relacionados à Administração Pública, mormente sobre o Tribunal de Contas da União, traduz-se em compromisso com o leitor de bem informá-lo e deixá-lo a par dos meandros do Estado e sua relação com a economia e as finanças públicas do Brasil. Inauguro o espaço com o texto abaixo, que versa sobre investimentos no Brasil e aquele tribunal. Espero que apreciem!

As contratações com a Administração Pública federal no Brasil estão submetidas à fiscalização do controle externo, realizado pelo Tribunal de Contas da União - TCU. Portanto, tanto o procedimento comum de contratação de produtos e obras ou de execução de serviços quanto o processo complexo de desestatização – incluindo todas as suas modalidades, a exemplo da concessão de serviços públicos ou da parceria público-privada (PPP) – estão submetidos ao acompanhamento da Corte de Contas.

O TCU, nos termos da Constituição Federal, é um tribunal administrativo vinculado ao Poder Legislativo e auxilia a Parlamento no controle externo da Administração Pública em âmbito federal.

Assim, o Tribunal, composto por 9 ministros (6 escolhidos pelo Congresso Nacional e 3 pelo Presidente da República) e 4 ministros-substitutos (selecionados por meio de concurso público), tem como função precípua o trato da coisa pública, além de possuir importantes competências constitucionais relacionadas às contas públicas.

Várias unidades técnicas temáticas (denominadas secretarias), compostas por servidores de carreira altamente especializados, realizam trabalhos sólidos e de alta técnica em temas como finanças, tecnologia da informação, obras públicas e fiscalização de procedimentos de desestatização.

As decisões do TCU sobre matéria de sua competência costumam ser a palavra final sobre o tema, apenas podendo ser revistas pelo Poder Judiciário em casos excepcionais, como nas nulidades na tramitação de processo por inobservância a regras procedimentais.

Assim, considerando que o Governo Federal é o principal contratante de negócios no Brasil, seja no que diz respeito a sua capacidade orçamentária, seja por deter a titularidade dos principais e mais representativos ativos passíveis de serem concedidos à exploração pela iniciativa privada, o correto entendimento sobre seu funcionamento e procedimentos é fundamental para conferir segurança e previsibilidade aos investidores.

Em relação, especificamente, ao acompanhamento de processos de desestatização pelo TCU, ele ocorre na forma prevista na IN 81/2018, que veio a aprimorar a fiscalização desses processos, notadamente ao buscar dar seletividade aos acompanhamentos de concessão de serviços públicos.

Essa norma se aplica a todos os procedimentos de desestatização cujo edital tenha sido publicado a partir de 1º/1/2019, bem como a todos os contratos ou termos aditivos para prorrogação ou renovação de concessões ou permissões celebrados após aquela data; as instruções normativas anteriores sobre o tema foram revogadas.

Importante destacar que a citada IN 81/2018 disciplina a fiscalização dos processos de desestatização realizados pela Administração Pública federal, compreendendo as privatizações de empresas, as concessões e permissões de serviço público, as contratações das PPPs e as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado.

Esse normativo cuida também dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos que se enquadrem nos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação previstos em lei específica e prevê o fim dos múltiplos estágios de acompanhamento dos processos de desestatizações mencionados.

Esse novo formato de fiscalização permite que o TCU priorize relevância, materialidade e oportunidade, direcionando os escassos recursos humanos para desestatizações de maior risco ou relevância.

Quanto ao planejamento dos processos de acompanhamento de desestatizações no TCU, tem-se que, em até 150 dias de antecedência da data prevista para a publicação do edital, os órgãos gestores dos processos de desestatização deverão enviar ao Tribunal extrato contendo: i) descrição do objeto da licitação; ii) previsão de investimentos; iii) relevância; iv) localização dos empreendimentos; e v) cronograma do processo licitatório.

O mesmo ocorre com os casos de celebração de contratos ou termos aditivos para prorrogação ou renovação de concessões ou permissões, inclusive as de caráter antecipado. Assim, em até 150 dias que antecedem a data de assinatura dos contratos ou dos termos aditivos para prorrogação ou renovação de concessões ou permissões, inclusive as de caráter antecipado, os gestores deverão enviar ao TCU os extratos dos contratos ou termos aditivos com: i) descrição sucinta do objeto; ii) condicionantes econômicas; iii) localização; e iv) cronograma da prorrogação e normas autorizativas.

O envio da documentação à Corte de Contas deve ocorrer em até 90 dias antes da data de publicação do edital licitatório. Os gestores deverão encaminhar ao órgão: i) EVTEA - Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental; ii) minutas do edital, com anexos; iii) minuta do contrato e caderno de encargos; e iv) resultados das audiências públicas e demais documentos para formalização da desestatização.

A análise por parte da unidade técnica competente do TCU ocorrerá em até 75 dias do recebimento dos documentos do processo de acompanhamento da desestatização. Após, os autos serão encaminhados ao ministro relator, que se incumbirá de incluir o processo em pauta para julgamento com proposta de deliberação.

Quando atua no acompanhamento de desestatizações, caso entenda pela presença de irregularidades e ilegalidades, o Tribunal pode, por exemplo, determinar a realização de correção de falhas antes da continuidade do procedimento.

No que se refere à necessidade de investimentos privados em infraestrutura no Brasil, é certo que o País investe pouco e mal em infraestrutura.

Estudos apontam que o Brasil atualmente investe menos de 2% do PIB no setor, apesar de que, apenas para manutenção dos seus ativos, seria necessário investir cerca de 5%. Tal fato ocorre, entre outros fatores, por não haver recursos públicos suficientes para o setor de infraestrutura, necessitando-se de aportes de recursos do setor privado, principalmente de investidores internacionais com grande capacidade.

O País, por meio do aprimoramento do ambiente de negócios, aperfeiçoamento de medidas regulatórias e fortalecimento da segurança jurídica, precisa propiciar aos investidores ambiente propício e seguro para investirem em nosso atrativo portfólio de projetos de concessão de serviços públicos. Para tanto, é imprescindível que os investidores, sobretudo os internacionais, conheçam os marcos regulatórios e os órgãos de controle, como o TCU.

Algumas reflexões sobre mercado relevante na economia digital:

Uma nova agenda de pesquisa

Elvino de Carvalho Mendonça

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Pensar nunca foi uma tarefa fácil. Temos sempre escrito e feito menção incansável ao ensinamento de Albert Camus no sentido de que “[p]ensar é reaprender a ver, a ser atento, a dirigir a própria consciência, é fazer de cada ideia e de cada imagem, à maneira de Proust, um lugar privilegiado”¹, de tal modo que toda vez que se identifica rupturas paradigmáticas que modificam totalmente a forma como a humanidade se vê no mundo, há um inegável impacto na sociedade, na economia e, também nas leis que compõem os ordenamentos jurídicos. Assim, tem ocorrido com o conceito de mercado relevante que foi elaborado no âmbito da teoria antitruste sob o prisma de uma economia analógica, bastante diferente da realidade econômica (digital) como a que vivemos hoje.

Diante dessa nova economia digital, muitos dos pilares do direito antitruste precisam ser repensados e analisados, de modo a verificar se as estruturas legais que existem hoje, criadas no âmbito de uma economia analógica, são suficientes e eficazes para lidar com os novos tempos.

Para lembrar, o mercado relevante é um conceito que envolve duas dimensões: dimensão produto e dimensão geográfica. A dimensão produto está associada com a substitutibilidade entre os bens e a dimensão geográfica é representada pelo *locus* geográfico onde a concorrência se dá.

Estas duas dimensões são clássicas e são muito bem aplicadas para bens e serviços maduros que são negociados em ambientes não influenciados diretamente pela economia digital. O exemplo clássico que vem à mente é o do cimento que, segundo a jurisprudência do CADE, tem a sua dimensão produto como sendo o próprio cimento não havendo substitutos, e tem como dimensão geográfica o raio de 500 km a partir da cimenteira.

No entanto, o que acontece quando a economia não é mais só física? Quais são os pilares que sustentam uma economia digital e como o direito antitruste deve se posicionar diante de uma economia mista – física e digital? Pensemos.

Atualmente, a economia digital está inserida em todos os mercados de produtos físicos existentes e nos mercados de produtos da nova economia, que são produtos definidos por mudanças rápidas e contrastes acentuados², conforme definição apresentada por Charles Alexander³.

A economia digital atua produzindo bens e serviços totalmente digitais e viabilizando a comercialização dos produtos físicos em lugares que não eram economicamente viáveis. Três situações distintas podem acontecer: (i) mercados de produtos físicos sem substitutos digitais; (ii) mercados de produtos físicos com substitutos digitais; e (iii) mercados de produtos somente digitais.

Adicionalmente, os produtos digitais e físicos podem ser vendidos por meio de: (i) plataformas digitais com centro de distribuição; (ii) plataformas digitais de produtos digitais; (iii) lojas físicas de venda de produtos digitais; e (iv) lojas físicas de vendas de produtos físicos.

¹ CAMUS, Albert. O mito de sísifo. Tradução de Ari Roitman. 9.ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017, p. 38.

² “Yet even as the lights are dimming in some old-line industries, technology is spawning boundless opportunities in such esoteric fields as microelectronics, lasers, fiber optics and genetic engineering.” [ALEXANDER, 1983].

³ ALEXANDER, Charles P. The new economy. Time. May 30, 1983. Disponível em: [The New Economy - TIME](#).

No mercado de bens físicos que não encontram substitutos digitais, como é o caso de bens de engenharia pesada, as dimensões produto e geográfica dos seus mercados relevantes pouco se alteram, pois, ainda que o acesso à informação de novos produtos tenha se ampliado para os consumidores com a revolução digital, se este desenvolvimento não for capaz de reduzir os custos de transporte e/ou de internalização de forma significativa, não é o fato do consumidor identificar outras marcas de produtos em outras localidades que garantirá que este produto seja um substituto efetivo. Nesse caso, o custo do transporte da mercadoria é um fator determinante para a definição do mercado relevante.

No mercado em que os produtos físicos possuem substitutos digitais, o advento da economia digital pode afetar a dimensão produto quando os produtos da economia digital são substitutos dos produtos físicos tanto pelo lado da demanda quanto pelo lado da oferta e, também podem afetar a dimensão geográfica quando o consumidor tem a possibilidade de consumir os dois bens em um determinado *locus* geográfico.

Diz-se que os produtos digitais e físicos são substitutos pelo lado da demanda quando o consumidor é indiferente entre consumir um ou outro bem. (ex. este é o caso do livro físico e do e-book) e se diz que os produtos digitais e físicos são substitutos pelo lado da oferta quando a empresa consegue intercambiar a produção de um bem pelo outro sem que isso se torne economicamente inviável. Os produtos digitais e físicos serão consumidos dentro do mesmo *locus* geográfico sempre que o custo do consumidor para consumir um ou outro bem não inviabilize a demanda do consumidor pelo bem.

Define-se a dimensão geográfica dos produtos físicos como sendo o raio em que o consumidor está disposto a se deslocar a partir da sua origem para adquirir o bem. Vale mencionar que a disposição a se deslocar do consumidor está associada com o custo para a realização desta aquisição.

A dimensão geográfica dos produtos digitais, no entanto, não envolve qualquer raio para aquisição, pois o consumidor precisa apenas adquirir o produto instantaneamente em seu computador ou smartphone.

Portanto, para produtos físicos que tenham substitutos digitais, a economia digital ampliou as dimensões produto e geográfica, chegando o produto físico, em alguns casos, a ser eliminado do mercado. O mercado de formulários e *darfs* físicos é um exemplo de como um produto físico foi extinto em detrimento de um substituto digital. Isto aconteceu para todos os serviços públicos que exigem pagamentos e atestados públicos. Para estes mercados, a dimensão geográfica perdeu a sua efetividade, pois passou a ser todo o mundo onde houver internet e equipamentos eletrônicos que permitam a sua conexão.

Por fim, no mercado de produtos digitais que não encontram produtos físicos como substitutos, a única dimensão do mercado relevante que faz sentido analisar é a dimensão produto.

No limite, o que se verifica é que o avanço da economia digital tem tornado sem eficácia a análise da dimensão geográfica do mercado relevante quando os produtos digitais encontram ou não substitutos físicos.

No entanto, para os produtos físicos que não encontram substitutos na economia digital, as dimensões produto e geográficas continuam relevantes e as suas alterações dependerão do diferencial de desenvolvimento digital existente entre as regiões do mundo. Se os ganhos da economia digital em termos de custo afetarem igualmente todos os mercados físicos no mundo, as dimensões não se alteram, pois “pau que dá em Chico dá em Francisco”. No entanto, se a economia digital afetar algumas localidades mais do que outras, os mercados relevantes daquelas localidades em que se apropriarem menos do ganho digital tenderá a se ampliar comparativamente com as demais regiões.

A lição que fica é a de que em uma economia mista – analógica e digital – é inquestionável que as autoridades antitrustes do mundo devam avaliar em que mercado o produto, objeto de avaliação, está inserido (puramente físico, físico e digital ou puramente digital) e, conforme a sua substituíbilidade, adotar um dos critérios, adequando os seus conceitos diante da nova realidade digital que se impõe. O direito

antitruste não pode fechar seus olhos para as transformações sociais (novo paradigma da tecnologia da informação), sob pena de se perder a própria essência do que se busca proteger. Estejamos atentos!

Breves notas sobre a tributação da energia

Fabio Luiz Gomes

Introdução

A Revolução Industrial foi a grande impulsionadora do ambientalismo e dos primeiros movimentos ambientais nascidos no Mundo (Europa), durante o século XIX. As alterações causadas em nível global levaram à necessidade do belo e do natural, preocupações com a melhor gestão dos recursos naturais.¹

Essa conscientização ambiental desenvolveu-se com força nas décadas de 50 e 60, sendo discutido na Conferência Intergovernamental sobre o Uso e Conservação dos Recursos da Biosfera (Paris, 1968), o tema sobre sustentabilidade.

Verifica-se que o estudo energético permite uma complexa interligação entre os vários conhecimentos humanos, impondo, inclusive, o aprofundamento da convivência entre espécies, onde se busca o menor impacto possível no meio ambiente.

Estabelece-se uma lógica racional na busca da maior eficiência energética que torne a dimensão ambiental siamesa à existência humana.

Dessa forma, entender quais são as formas energéticas, sua natureza e como se intercedem com a existência humana.

Salienta-se que a escassez dos recursos naturais já é um assunto conhecido mundialmente, e, ainda, que o ser humano consome mais do que aquilo que o planeta consegue repor.

Buscam-se, então, instrumentos jurídicos que estabeleçam critérios de regulação, e, ainda, na tributação como forma de sustentabilidade ambiental.

1. Combustível - Conceito

Inicia-se o presente estudo estabelecendo uma conceituação de combustível: “Que ou substância ou produto que produz combustão”², acrescente-se que produz calor na combustão. Os combustíveis podem ser sólidos, líquidos e gasosos.”³

Observa-se que a definição de combustível incorpora características complexas, como a capacidade de reação com o oxigênio, a característica de ser exotérmica (a reação exotérmica é de combustão).

Estabelece-se, portanto, a relação entre a química e os combustíveis.

Para os objetivos do presente trabalho, pretende-se destacar dois grupos de combustíveis: a. os combustíveis fósseis e b. os combustíveis renováveis.

¹ Convenção para a Preservação de Animais, Pássaros e Peixes de África – 1900.

² Minidicionário Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. Editora Nova Fronteira S/A: Rio de Janeiro, 1977, p. 113.

³ PAPE – Programa Auxiliar de Pesquisa Estudantil. VolIII. DCL – Difusão Cultural do Livro Ltda: São Paulo, p. 778.

Os combustíveis fósseis são considerados fontes de energia convencionais, encontrados na natureza em quantidades limitadas. Acrescenta-se, ainda, que a sua incessante extração resulta na impossibilidade de regeneração das reservas naturais.

De outro lado, as energias renováveis permitem uma possível alternativa, contudo não proporcionam a mesma estabilidade, em termos produtivos, quando comparadas ao combustível fóssil, uma vez que existe a tecnologia, mas a produção em massa ainda gera altos custos.

2. Tributação de Energia - Preço

Observa-se que o preço deveria informar aos consumidores sobre o custo da produção de determinado bem, contudo na maior parte dos casos os preços não demonstram com precisão, como consequência ter-se-ia a sobre-exploração por parte dos agentes econômicos.

Neste sentido, verificam-se distorções econômicas, nomeadamente no comportamento do contribuinte, seja ele destinatário final ou mesmo um dos agentes econômicos que fazem parte como intermediários.

Constata-se que a exemplo da União Europeia, onde a justificativa para os altos preços dos combustíveis fósseis seria a de desestimular o seu consumo, na verdade é fonte de receita que para ser substituída seria necessário encontrar outra fonte.

Neste sentido, a existência do tributo que incida sobre a eficiência energética estabelecerá influência no comportamento dos produtores/consumidores na utilização/consumo de produtos menos poluentes, ressaltando novamente que essa tributação represente importante fonte de receita.

3. Definição de Imposto Ambiental

A formação da investigação e desenvolvimento de estudo comparado entre os diferentes sistemas tributários e correspondendo estruturação dos impostos no território dos Estados Membros.

Define-se o imposto ambiental como um imposto, cuja base tributável assenta numa unidade física de algo que comprovadamente causa impacto negativo no ambiente.

Conclusão

Ao tratarmos dos impostos sobre a energia, a Eurostat definiu os impostos em quatro categorias:

- a. Impostos sobre energia (incluem os impostos sobre o dióxido de carbono);
- b. Imposto sobre transporte;
- c. Imposto sobre a poluição;
- d. Impostos sobre os recursos (com exclusão do petróleo e extração do gás natural) com ou sem chumbo, o gasóleo, os produtos energéticos usados como carburantes, o flueóleo leve ou pesado, o gás natural, o carvão – estes são tributados por impostos sobre a energia.

A nomenclatura dos impostos identificados pelo Eurostat estabelece a extensão objetiva: energia, transporte, poluição e recursos, como dito acima tenciona-se estabelecer uma natureza extrafiscal a esses tributos.

Como sabido a energia é essencial a dignidade humana, e nos dias atuais com a grande quantidade de pessoas, não só o transporte, ou mesmo a luz, mas o aquecimento ou a refrigeração garantem a própria vida de diversas pessoas.

Portanto, a busca por desenvolvimento tecnológico com o intuito a causar o menor impacto ambiental possível – desenvolvimento sustentável, acaba por corroborar no equilíbrio possível com o desenvolvimento econômico.

Equivocadamente, busca-se atribuir de forma absoluta aos tributos ecológicos uma função a justificar o desestímulo do consumo a determinada fonte de energia, isto é, será tributado com maiores alíquotas.

Na verdade, se não forem disponibilizadas outras fontes de energia, essa tributação mais severa acaba por penalizar a pessoa com maiores alíquotas, e que o intuito de racionalizar o consumo energético estabelece-se até certo limite.

A existência digna, esta intransponível, que deve ser colocado nessa balança, a esse tipo de tributação, e a extrafiscalidade a elas inerente, também deverá considerar a pessoa humana dentro desse conceito.

Desafios à concorrência no mercado de pedidos *online* de comidas

(“Aplicativos de *delivery* de *food*”):

O potencial do *open delivery*

Felipe Fernandes Reis

A promoção da concorrência em mercados com plataformas e ecossistemas digitais vem centralizando a atenção de autoridades, profissionais e estudiosos, além de políticos preocupados com o poder das denominadas “*big techs*”, todos apresentando diversas sugestões e iniciativas para resolver eventuais problemas concorrenciais.

A despeito de tal debate, já existem alguns consensos sobre os desafios à concorrência. Nota-se, por exemplo, diversas evidências de que o modelo de negócio de algumas plataformas digitais tem por fundamento/efeito limitar a capacidade de *multihoming* dos usuários, os conduzindo a apenas contratar com a sua própria “rede” ou “ecossistema”, o que pode acontecer por meio de diferentes estratégias para aumentar os custos/barreiras de troca e a dependência do usuário à plataforma (efeito *lock-in*/aprisionamento).

Além disso, já se constatou a presença de barreiras técnicas e operacionais que dificultam a utilização de diversas plataformas ou a migração para aquela com a melhor oferta, o que pode ocorrer em razão da complexidade/empecilhos para integração das interfaces e sistemas de cada plataforma. De todo modo, trata-se de barreiras ao *multihoming*.

Aliás, é notória a correlação entre essas barreiras e o grau de concentração de mercados com plataformas digitais, conforme apontado no relatório realizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com base nos estudos de diversas autoridades antitruste sobre mercados e plataformas digitais¹.

Um exemplo claro de tal realidade é o “mercado de pedidos online de comidas”², o qual vem sendo constantemente objeto de análise pelo CADE, inclusive.

Nesse caso, inicialmente vale lembrar que, em 2018, a autoridade de defesa da concorrência autorizou a aquisição da Delivery Hero (“Pedidos Já”) pelo iFood ainda que reconhecendo a elevada concentração e a baixa rivalidade presente no mercado, porém, entendendo que esse “*conta com fortes oportunidades de expansão, tendo sido observadas entradas de players internacionalmente relevantes nos últimos anos, como UberEATS e Rappi. Esse cenário gera a expectativa de acirramento da rivalidade no futuro próximo.*”

Entretanto, em março de 2021, em razão de representação da Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (“ABRASEL”) e de concorrentes do iFood, a própria SG/CADE³ instaurou Inquérito

¹ Acessível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>

² A definição desse mercado relevante guarda certa flexibilidade por parte do CADE, o qual tende a consignar a possibilidade de eventuais alterações, conduzido, conforme precedentes recentes (AC’s: 08700.001691/2021-16, 08700.001962/2019-19, 08700.002463/2020-82, entre outros) delimitou o mercado em Pedidos Online sendo segmentado conforme o papel do Marketplace, se (i) dedicado/exclusivo (próprio restaurante); se multi-restaurantes (mas sem oferecer a logística); ou se full service (com serviços adicionais ao delivery, especialmente a logística)

³ Superintendência Geral do CADE.

Administrativo⁴ e impôs medida preventiva contra o Ifood, impedindo que a plataforma (com aproximadamente 70-80% do mercado) celebrasse novos contratos de exclusividade com restaurantes, sob entendimento de que a continuidade dessa conduta tende a gerar sérios riscos concorrenciais, enquanto a sua cessação pode contribuir para promover um ambiente competitivo no mercado, reduzindo custos e barreiras para tanto.

Apesar dessa decisão, é evidente que ainda permanece o cenário de concentração e barreiras concorrenciais no “mercado de pedidos *online* de comidas”, sendo recentemente noticiado o fim das operações de importantes agentes, como UberEats e Delivery Center, os quais justificaram, entre outros motivos, que os problemas concorrenciais presentes nesse mercado, como a elevada concentração no *player* incumbente e as suas práticas restritivas, dificultam o acesso aos restaurantes e a pressão competitiva por outros *marketplaces*.

Nota-se, portanto, que apesar da medida preventiva da SG/CADE, ainda existem obstáculos operacionais, tecnológicos e de gestão que dificultam os restaurantes a aderirem a diversos *marketplaces*/plataformas, os conduzindo ao *single-homing*, geralmente junto ao agente incumbente.

Explica-se: para contratar com diferentes *marketplaces*, os restaurantes têm que cadastrar e adaptar seu cardápio conforme as disposições de cada um desses; também terá que monitorar os pedidos que são gerados com as informações, especificações e sistemática de cada plataforma/originadora; e organizar a entrega e experiência do cliente com base nas regras de cada uma dessas. Tais dificuldades desanimam/inviabilizam os estabelecimentos a atuarem com diversos *marketplaces*, e consistem em barreiras e custos para efetiva rivalidade no mercado.

Desse modo, é necessário reduzir essas barreiras ao *multihoming* dos usuários, o que pode ocorrer através de medidas que promovam a interoperabilidade e integração entre interfaces, ferramentas, produtos e os agentes do ecossistema de delivery.

Nessa linha, cita-se que, recentemente, o CADE autorizou a formação de *joint venture* entre importantes redes de *food service* que tinha por objetivo “estabelecer uma plataforma que consolide os pedidos *online* de diferentes originadoras em uma única interface, facilitando a gestão dos pedidos pelos operadores de *foodservice*.”⁵

Vale também lembrar dos casos no âmbito do CADE envolvendo os setores bancário e de pagamentos, como a investigação sobre a negativa de acesso ao Guiabolso dos dados referentes aos clientes do Bradesco, que resultou na celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC)⁶ desse Banco com o CADE, com o compromisso de desenvolver protocolos de API para viabilizar a conexão, integração e interoperabilidade entre o seu sistema com o da referida *fintech*⁷.

Aliás, foram essas as premissas do *Open Banking* brasileiro, que se espelhou na autoridade antitruste britânica (*Competition and Markets Authority- CMA*), a qual adotou o protocolo de API como medida para promover competitividade no setor bancário inglês.

Nesse espírito, e diante a situação do “mercado *online* de pedidos de comida”, a Abrasel, entidade representante dos bares e restaurantes brasileiros, com o apoio de diversos agentes, desenvolveu o ***Open Delivery***, que tem como escopo a elaboração de protocolos de comunicação de APIs para fins de

⁴ IA: 08700.004588/2020-47, Nota Técnica n.: 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/CADE (SEI 0875341)

⁵ PARECER N° 7/2021/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Ato's de Concentração n° 08700.006662/2020-60 e 08700.001691/2021-16

⁶ Req. de TCC n.: 08700.003425/2020-47

⁷ Conforme previsto no TCC: “3.1. O Compromissário compromete-se a desenvolver interfaces de conexão que possibilitem à empresa Guiabolso Finanças Correspondente Bancário e Serviço Ltda. (“Guiabolso”) oferecer e capturar o consentimento dos seus usuários clientes pessoa física do Compromissário e acessar os sistemas do Compromissário, permitindo-se o acesso a todos os dados de clientes pessoa física do Compromissário acessíveis por meio do canal Bradesco Celular.”

organizar a comunicação e integração dos diversos *players* e etapas do ecossistema de *delivery*, como os *softwares* de gestão (PDV) dos restaurantes com os diversos *marketplaces* originadores de pedidos, reduzindo barreiras técnicas e operacionais suportadas pelos estabelecimentos comerciais caso desejem trabalhar com múltiplas plataformas. Ou seja, para viabilizar a integração, interoperabilidade e eficiência operacional dos restaurantes que buscarem trabalhar com diferentes *marketplaces*.

Assim, com a oportunidade de trabalhar com diferentes originadores, a negociação entre restaurante e plataforma tende a ser mais equilibrada, eis que essa terá ciência da possibilidade e probabilidade de migração do restaurante para sua concorrente, o que reduz incentivos para imposição de eventuais cláusulas de exclusividades, subsídios cruzados e empacotamentos de serviços e produtos, por exemplo.

Ademais, as próprias plataformas também têm incentivos para aderirem ao *Open Delivery*, já que falhas e dificuldades de integração podem impactar o funcionamento de seu ecossistema e a ampliação de sua atuação, pois a integração entre os diversos mercados e agentes envolvidos é imprescindível para a sua eficiência, em razão dos efeitos de rede dos mercados digitais.

Dessa forma, o protocolo *Open Delivery* permite que informações e etapas básicas de comunicação sejam realizadas de forma organizada, viabilizando a integração eficiente entre os agentes. Até o presente momento, O *Open Delivery* desenvolveu protocolos de API sobre a jornada de cadastro dos restaurantes, de seus cardápios, da sua operação logística, e do recebimento e conciliação financeira dos seus pedidos, bem como instituiu medidas de transparência e eficiência na fase de contratação do *marketplace* pelo restaurante, ajudando-o a identificar as condições pactuadas.

Com o Protocolo *Open Delivery*, os restaurantes terão incentivos e condições para contratarem com diversas plataformas (*multihoming*), pois, apenas precisarão cadastrar seu cardápio uma única vez; gerenciar os pedidos e sua operação pelo mesmo sistema e de maneira organizada; conseguirão compreender e identificar (de forma simples) as diferentes condições a serem (ou que foram) negociadas com os *marketplaces*; e melhorar a rastreabilidade da logística ao cliente, independentemente da forma realizada (por terceiros ou pelo próprio estabelecimento). Isso tudo através de seu software de gestão.

Para tanto, vale registrar, que o *Open Delivery* desenvolveu boas regras de *compliance* e de governança que permitem a elaboração de protocolos de API de forma isonômica, transparente, competitiva e democrática, considerando os diferentes modelos de negócio dos agentes, ou seja, sem criar reservas de mercado, restrições, dificuldades e barreiras à entrada.

Além disso, o protocolo é aberto, comum e acessível ao público em geral, o qual poderá apresentar dúvidas e sugestões a respeito de sua aplicação.

Ademais, o protocolo *Open Delivery* não adentra à relação comercial das partes, como: taxas, política comercial, formas e condições de contratação e outras especificações que cabem aos agentes diretamente negociarem. Do mesmo modo, o *Open Delivery* não uniformiza condutas ou induz ao alinhamento comercial entre empresas concorrentes, o que é expressamente vedado e fiscalizado pelo *compliance Open Delivery*.

Nota-se, portanto, que o protocolo *Open Delivery* foi(é) elaborado com a participação de agentes com perfis, tamanhos e modelos de negócios distintos, e devidamente acompanhados por boas regras de *compliance* e governança, partindo sempre da premissa da: (i) transparência; (ii) isonomia; (iii) competitividade; (iv) livre negociação entre as partes; e (v) eficiência.

Desse modo, é evidente o potencial do *Open Delivery* para contribuir na promoção da concorrência no mercado online de comida. Na verdade, trata-se de iniciativa que deve servir de exemplo a outros mercados com problemas concorrenciais dessa natureza, o que deve ser encorajado pelas autoridades antitrustes, pois, diferente de outras propostas sugeridas por especialistas, o *Open Delivery* conseguiu harmonizar e equilibrar objetivos, valores e medidas geralmente apresentados como contrapostos, como: respeito à liberdade negocial dos agentes; promoção da efetiva concorrência; preservação do ambiente

inovador; redução de assimetrias e barreiras à entrada; transparência; respeito aos diferentes modelos de negócio e segurança jurídica.

Para mais informações acesse o site: <https://www.opendelivery.org.br/sobre>

Remédios antitruste: Conceito e aplicação

Fernando Boarato Meneguim

Sabe-se que os atos de concentração (AC) podem gerar tanto efeitos positivos quanto negativos para a economia. Entre os pontos positivos, pode-se citar ganhos de escala com aumento de produtividade, propiciando inovação e melhoria da qualidade dos produtos. No entanto, a concentração também pode gerar efeitos deletérios, como aumento dos preços finais aos consumidores em face de uma diminuição da competitividade.

Uma vez que podem existir ganhos de eficiência em determinada concentração, a autoridade antitruste, ao analisar um AC, deve sopesar custos e benefícios e decidir se aprova o ato incondicionalmente, se o rejeita integralmente, ou ainda se adota uma solução intermediária. Nesse caso, um meio termo entre aprovação e rejeição pode ser recomendado de maneira que se eliminem os aspectos negativos à concorrência, mas não se prejudiquem potenciais ganhos de eficiência. Essa solução intermediária é alcançada pelo uso de remédios antitruste.

Apesar de a expressão remédios antitruste não aparecer literalmente na Lei nº 12.529, de 2011, os remédios estão implícitos no âmbito das atribuições do Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), conforme art. 61 da Lei antitruste:

Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§ 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem:

- I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;
- II - a cisão de sociedade;
- III - a alienação de controle societário;
- IV - a separação contábil ou jurídica de atividades;
- V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e
- VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Os incisos I, II e III do parágrafo segundo transcrito integram o que na literatura se convencionou chamar de remédios estruturais, pois implicam alterações permanentes na alocação de direitos e ativos. Há também outra classificação usual na literatura: são os chamados remédios comportamentais. Nesse caso, são determinações que se relacionam com a atividade interna da empresa, com obrigações de fazer e não fazer, como a adoção de compromisso de não discriminação nos negócios com outras empresas, proibição de assinatura de contratos com cláusula de exclusividade, medidas que incrementem transparência nos negócios, entre outras. Segundo o Guia Remédios Antitruste¹, publicado pelo Cade, os

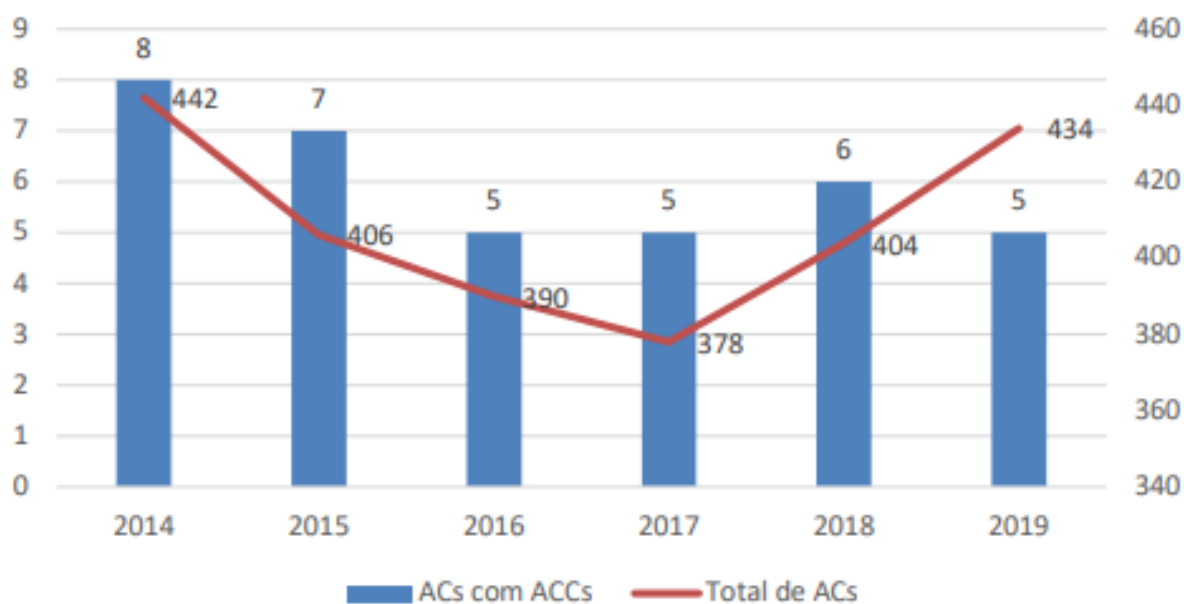
¹ <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf>

remédios comportamentais “consistem em obrigações de práticas comerciais, financeiras ou econômicas das partes envolvidas no AC, englobando ou não ativos diretamente afetados por ele, nos mercados relevantes relativos à operação”.

Há na doutrina internacional, algumas recomendações para que os desenhos de remédios antitruste sejam eficientes, no sentido de que mitiguem as preocupações concorrenciais sem custos de monitoramento alto e sem comprometer as sinergias geradas pelos ACs. O *Merger Remedies Guide*², publicado em 2016 pela *International Competition Network* (ICN), apresenta estudo detalhado sobre o tema. Em síntese, para uma perfeita adequação do remédio, primeiramente é necessário um completo entendimento do real dano à concorrência decorrente do AC. Essa fase preliminar é indispensável para se atingir remédio apropriado, que seja proporcional ao dano, de maneira que os efeitos colaterais e os custos impostos estejam no menor patamar possível. Para que o remédio seja efetivo, fatores como o impacto no ambiente competitivo, a tempestividade do remédio e a duração da sua vigência, a facilidade de sua aplicação e de seu monitoramento, bem como a avaliação dos riscos inerentes são itens fundamentais.

O Departamento de Estudos Econômicos do Cade publicou o Documento de Trabalho nº 02/2020 – “Remédios antitruste no Cade: uma análise da jurisprudência”³, que apresenta profícua pesquisa sobre o tema. Nesse texto, apresenta-se levantamento realizado no período de 2014 a 2019 acerca dos casos cuja decisão final do Tribunal Administrativo estabeleceu restrições no sentido da adoção de remédios concorrenciais por meio da celebração de Acordos em Controle de Concentrações (ACCs). A constatação foi que, nesses seis anos, houve 36 atos de concentração nessa situação, conforme Gráfico I a seguir:

Gráfico 1. Relação entre o total de ACs julgados e os ACs aprovados com ACCs



Fonte: Departamento de Estudos Econômicos/Cade; Documento de Trabalho nº 02/2020

² https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_RemediesGuide.pdf

³ <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n02-2020-remedios-antitruste-no-cade-uma-analise-da-jurisprudencia.pdf>

Cabe lembrar que, além dos remédios serem aplicados no âmbito de um ACC, eles também podem ser designados de forma unilateral pelo Tribunal do Cade ou ainda integrar um Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

Um caso atual e bastante divulgado na mídia em que houve a aplicação de remédios antitruste foi a fusão da Localiza com a Unidas, primeira e segunda maiores empresas, respectivamente, de locação e gestão de frota de veículos do país.

O caso foi decidido pelo Tribunal Administrativo do Cade (Ato de Concentração nº 08700.000149/2021-46), em que houve maioria pela aprovação da incorporação das ações da Unidas pela Localiza.

Na análise, considerou-se a existência de três mercados relevantes: locação de veículos; gestão e terceirização de frotas; e venda de veículos usados. Uma das principais preocupações foi a sobreposição horizontal que seria resultante da operação no mercado de locação de veículos. Segundo terceiros interessados, a empresa resultante da fusão deteria uma escala significativa que lhe conferiria vantagens competitivas significativas frente aos demais concorrentes, inclusive quanto ao poder de barganha para aquisição de veículos.

Assim, considerando benefícios e custos da fusão para o ambiente concorrencial, a aprovação da operação, no âmbito do Tribunal Administrativo, se deu condicionada à celebração de ACC contendo um robusto pacote de remédios estruturais e comportamentais, que, segundo o Tribunal, afastam preocupações concorrenciais apontadas na instrução do ato de concentração e mitigam potencial exercício abusivo de poder de mercado.

Entre os compromissos acordados com o Cade, alguns pontos são os seguintes: desinvestimento em número de veículos para locação, considerando as características específicas de vários municípios e aeroportos; encerramento de cláusulas de não concorrência com outras marcas; comprometimento comportamental de não realizar novas aquisições para locação de veículos durante o período de três anos; e alienação da marca Unidas.

Percebe-se assim que as intervenções pactuadas procuram diminuir o exercício de poder de mercado pela empresa resultante do AC e, assim, diminuir a probabilidade de aumentos de preços após a operação.

Em conclusão, conforme explicitado pelo Guia Remédios Antitruste do Cade: “os remédios devem mitigar o potencial prejuízo ao ambiente concorrencial decorrente da operação, restaurando as condições de rivalidade e de entrada presentes no cenário pré-operação”.

Por fim, o Guia também deixa claro que não cabe aos remédios corrigir problemas concorrenciais pré-existentes e, se os remédios não conseguirem sanar potenciais prejuízos ao ambiente concorrencial em face de um AC, o recomendável é a reprovação da operação.

Contratos de exclusividade: Como avaliar se há ilicitude

Fernando Boarato Meneguim

De maneira geral, os agentes econômicos desenvolvem suas atividades para evitar custos de transação, com vistas à maximização do lucro. Nessa linha, pode ser interessante, como estratégia empresarial, acordo que estabeleça exclusividade entre produtores e distribuidores. No entanto, no caso de a exclusividade gerar obstáculos para a concorrência, essa prática pode ser considerada ilícita.

Ficou bastante conhecido, por divulgação na mídia¹, o caso da empresa iFood, no qual o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) proibiu o iFood, em sede de medida preventiva, de firmar novos contratos com restaurantes contendo acordo de exclusividade. A decisão se deu em face de representação das empresas Rappi e Uber Eats, que argumentaram que a estratégia de negócios do iFood criava barreiras à entrada e à expansão de concorrentes no mercado.

A adoção de cláusulas de exclusividade é uma conduta unilateral, que, segundo a doutrina e a jurisprudência, deve ser avaliada pela regra da razão. Isso significa que seus efeitos negativos, ainda que potenciais, devem ser comprovados para fins de condenação administrativa.

Ainda, condutas unilaterais são estratégias empresariais e podem, portanto, ter efeitos positivos, ou seja, propiciar ganhos de eficiência. É necessário que os efeitos positivos e negativos sejam quantificados e sopesados. Uma conduta poderia ser considerada anticoncorrencial e, assim, condenada administrativamente apenas quando os efeitos negativos superarem os positivos.

Portanto, considerar cláusulas de exclusividade ilícitas apenas com base na parcela de mercado por elas abrangidas, ou seja, com base no grau de fechamento de mercado, pode significar considerá-las ilegais *per se*, o que contraria a doutrina e a jurisprudência do Cade.

No que concerne à doutrina e à jurisprudência norte-americanas, para despertar preocupação concorrencial, as cláusulas de exclusividade devem representar percentual acima de 30% a 40% do mercado, raramente havendo condenação quando a parcela do mercado abrangida pela exclusividade fica abaixo de 40%². Em consequência, não haveria que se falar em danos à concorrência quando o limite não fosse atingido, ao passo que percentuais maiores devem ser analisados caso a caso, em vista dos potenciais efeitos pró-competitivos dos contratos de exclusividade, para que seja verificado o potencial de exclusão de rivais.

Pela regra da razão, é fundamental aferir o efeito final da conduta sobre o mercado. Para tanto, é necessária uma análise de custo-benefício. No caso de contratos de exclusividade, os benefícios, de maneira geral, aparecem por meio da expansão do mercado e pela apropriação de valor pelos agentes envolvidos e pelos consumidores. Relativamente ao custo, este seria consequência do fechamento do mercado e da diminuição da concorrência.

¹ <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/03/11/cade-proibe-ifood-de-realizar-novos-contratos-de-exclusividade-com-restaurantes.ghtml>

² “(...) since Jafferson Parish, exclusive dealing is rarely condemned on market share foreclosures lower than 30% or 40%” (HOVENKAMP, Herbert 1999, Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. Second Edition. West Group. p. 437).

Hoertel (2008)³ apresenta uma série de efeitos pró competitivos em decorrência dos contratos de exclusividade, que promovem o aumento de eficiência na alocação de recursos e na redução dos custos de transação:

- ✓ Proteção contra o *free-riding* (efeito carona) intermarcas.

Os acordos de exclusividade podem promover a proteção aos direitos de propriedade do fabricante evitando condutas oportunistas (proteção contra o *free-riding*, ou efeito carona, intermarcas) em defesa de investimentos não recuperáveis, como em marcas e tecnologia, e na proteção de ativos específicos. Eliminar o *free-riding*, permitindo que o agente econômico que realiza o gasto de provisão do ativo se aproprie de seus benefícios, pode provocar o aumento da oferta e do consumo de bens, implicando um incremento do bem-estar agregado.

- ✓ Redução dos custos de monitoramento.

Fabricantes, preocupados com potenciais comportamentos oportunistas de revendedores que negociam produtos concorrentes, devem incorrer em significativos custos no monitoramento desses distribuidores. Contratos de exclusividade geram menos dispêndios com monitoramento e isso se reflete em melhor oferta e melhores preços aos consumidores.

- ✓ Acordos de exclusividade como alternativa à integração vertical.

Na impossibilidade de contratos de exclusividade, uma alternativa seria a integração vertical por meio de fusões entre fabricantes e distribuidores; no entanto, essa alternativa tende a ser menos eficiente e mais custosa quando comparada à integração parcial alcançada pelos contratos de distribuição exclusiva. A integração vertical tenderia a acarretar externalidades negativas aos consumidores, externalidades essas que são mitigadas pelos contratos de exclusividade.

- ✓ Incentivos para que fabricantes auxiliem os distribuidores.

Por meio dos contratos de exclusividade, os fabricantes fornecem aos distribuidores capacitação, serviços e informações instrutivas para facilitar as vendas e atender melhor os consumidores.

- ✓ Maior eficiência no controle de qualidade.

Por meio dos contratos de exclusividade, há comunhão de interesses no sentido de que distribuidores e fabricante assumem responsabilidade direta pela segurança e qualidade dos produtos que colocam no mercado.

- ✓ Redução dos custos da variedade.

A adoção de acordos de exclusividade traz para as vendas a redução de seus custos relacionados à administração da variedade de produtos recebidos de diferentes fabricantes. Evitam-se os custos de negociação que ocorreriam com fabricantes adicionais e, também, o estoque de produtos fora de linha.

Tendo em vista esses potenciais efeitos positivos, para afirmar que a exclusividade é ilícita, ela deve criar dificuldades para a atuação de concorrentes ou desestimular entradas. Nesse sentido, avaliar a parcela do mercado abrangida pela exclusividade, ou seja, o grau de fechamento do mercado decorrente da exclusividade, é apenas uma etapa para se analisar a possível ilicitude das cláusulas de exclusividade.

Resta uma segunda etapa essencial: provar que a parcela de mercado não abrangida pela exclusividade é insuficiente para que concorrentes disputem o mercado e ou para que se viabilizem novas

³ Hoertel, M. C. Análise econômica da adoção de acordos de distribuição exclusiva entre fabricantes e revendedores. III Prêmio SEAE de monografias em defesa da concorrência e regulação econômica. 2008.

entradas de competidores. Essa segunda etapa demanda o cálculo da escala mínima viável (“EMV”) e sua comparação com a parcela do mercado não abrangida pela concorrência, pois se, apesar da exclusividade, houver mercado para o desenvolvimento de novos concorrentes e/ou entradas, não deve haver a caracterização do fechamento do mercado.

Caso a parcela do mercado não afetada pela exclusividade seja suficiente para viabilizar a operação de concorrentes e/ou entradas, não há que se falar em ilícito concorrencial.

Segundo o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade, a EMV é definida da seguinte maneira:

Escala Mínima Viável: é o menor nível de vendas anuais que o entrante potencial deve obter para que seu capital seja adequadamente remunerado. Para tanto, analisa-se qual o investimento necessário e o lucro [retorno do investimento] que um entrante teria em um determinado período no mercado em que pretende entrar (sendo necessário especificar o custo do entrante [fixo, variável/marginal], o mark-up do entrante e o volume de vendas esperado do entrante). As informações podem ser apresentadas ou organizadas na forma de fluxos de caixa de projeto de investimento. A análise da entrada pode utilizar estimativas do valor presente líquido, taxa interna de retorno, payback, payback descontado e outros indicadores que mostram a viabilidade econômica e financeira da entrada.

Assim, fazendo um exercício empírico, é possível saber qual é a escala mínima viável da operação de um entrante disruptivo levando em conta os custos de produção em larga escala. Por meio desse cálculo, pode-se inferir se há ou não espaço suficiente no mercado para o estabelecimento de potenciais competidores. A partir daí sim pode-se concluir ou não pela ilicitude das cláusulas de exclusividade.

Ressalte-se que há casos recentes em que o Cade não exercitou essa segunda etapa – o cálculo da escala mínima viável. Quando isso acontece, a análise fica restrita ao grau de fechamento de mercado, o que equivale a uma análise *per se*. Tal lacuna na análise pode acarretar inferências errôneas sobre a concorrência em determinado setor.

Devido processo, contraditório e Administração pública

“Inimiga jurada do arbítrio, a forma é a irmã gêmea da liberdade”.

Rudolf von Jhering¹

Fernando de Magalhães Furlan

Introdução

Todo estudante de Direito sabe que qualquer decisão da Administração pública deve ser fundamentada e, antes e depois dela, deve ser oferecida oportunidade de manifestação a todos os interessados, em atenção aos princípios do devido processo, do contraditório e da ampla defesa.

Eventuais necessidades de maior prazo para análise de procedimentos e processos administrativos, em razão, por exemplo, de reorganização ou reestruturação internas, não podem ser motivo excludente da obrigação da Administração de garantir o respeito aos cânones do direito processual e do próprio Regime Jurídico Administrativo.

Dito de outra forma, constatada a inércia da Administração pública e a sua incapacidade de garantir o devido processo legal e o contraditório, ou seja, receber, analisar e decidir sobre todas as manifestações dos interessados, deve ela manter a situação em seu patamar de normalidade (*status quo ante*), até que seja dada a devida oportunidade, consideração e resposta às manifestações de interessados.

Afinal, a sociedade não poder ficar refém de eventual incapacidade, desorganização interna e demora na prestação do serviço público e no cumprimento das obrigações da Administração pública e seus agentes.

A demora da Administração, ainda que causada por dificuldades de reestruturação institucional ou quaisquer outras, não pode jamais ser utilizada como justificativa para a inadequada prestação do serviço público ou o atropelo aos princípios do *due process* e do contraditório. Além desses já citados, também devem ser considerados princípios como o da continuidade do serviço público e o da eficiência administrativa, para citar alguns.

Pouco importa, para fins de garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, se a Administração pública está assoberbada com mudanças estruturais, novos procedimentos, ou o que quer que seja. Os processos em tramitação não podem parar, e os direitos de todos os administrados não podem deixar de ser respeitados e rigorosamente garantidos.

É razoável trazer à baila, também, o princípio da proibição de comportamento contraditório², que prevê que as partes se comportem de forma leal nas suas relações; bem como a vedação de alegação da própria torpeza³, segundo o qual, ninguém deve ser ouvido ao alegar a própria torpeza, inclusive o próprio Estado e seus agentes.

A Administração pública não pode alegar a própria incapacidade como justificativa para o desrespeito a consagrados princípios processuais e administrativos, como os já citados.

Independentemente da implementação de alterações institucionais ou estruturais, ou de um novo rito administrativo processual, ou de qualquer contratempo, os direitos dos administrados não podem

¹ JHERING, R. V. *O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*, Rio de Janeiro, Alba, 1943.

² *Venire contra factum proprium*.

³ *Nemo auditur turpitudinem allegans*.

deixar de ser rigorosamente observados. Não é porque a burocracia não andou bem, que o devido processo ou o contraditório também deverão tropeçar.

Além da ofensa aos princípios elencados acima, ao negar devida oportunidade de manifestação aos interessados, a Administração também estaria afrontando as mais triviais práticas de boa governança pública.

Um comportamento hermético e dissimulado da Administração pública fere a moralidade administrativa, que compreende os princípios da lealdade e da boa-fé⁴, conforme se verá abaixo. Faz pouco caso, também, do princípio da publicidade, que inclui a transparência na Administração Pública.

Não é outra a mens legis do art. 29 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), que prevê que:

“Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão”.

Nesse mesmo sentido, como não poderia deixar de ser, também vai o art. 30 do mesmo diploma:

“Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas”.

Decisões administrativas podem envolver variadas políticas públicas, que afetam inúmeros agentes econômicos e setores produtivos, até o consumidor final. A todos esses interessados, efetivos ou potenciais, deve ser dada a oportunidade de manifestação sobre determinado ato administrativo. Além disso, que seus comentários e informações sejam devidamente analisados e respondidos, pois, para isso, há o processo administrativo.

Do direito

O art. 5º, LV, da Constituição Federal prescreve que *“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”*.

O parágrafo único, do art. 2º, da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99), prevê que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios da atuação conforme a lei e o Direito; da atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; e da observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados.

O art. 3º, do mesmo diploma, estipula ainda que:

“Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

⁴ DE MELLO, C. A. B. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;”.

O art. 29 da Lei 9.784/99, esclarece que as atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão “*realizam-se de ofício ou mediante impulsão do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias*”.

Além disso, de acordo com o art. 38 daquela lei:

“O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”.

Da doutrina

Como é pacífico na doutrina e jurisprudência, o contraditório pressupõe “*informação necessária e reação possível*”⁵ por parte do administrado, em razão de fatos, argumentos e documentos que possam lhe afetar negativamente. Isto é, a oportunidade de efetiva participação na produção do conjunto probatório e de apresentação de argumentos perante o processo e a autoridade com poderes de decisão.

Em outras palavras, cabe à Administração pública garantir a efetividade da participação dos interessados no processo, dando-lhes ensejo para a apresentação de argumentos e provas, bem como analisando e se manifestando a respeito deles, e, portanto, cumprindo com os deveres de boa-fé e motivação.

A ampla defesa, da mesma forma, implica na oportunidade de resistência às pretensões adversárias, na possibilidade de apresentação de defesa prévia e técnica, de interposição de recursos, de intimação, de produção e contestação de provas e de alegações finais.

Para uns dos luminares do Direito Administrativo brasileiro, o Visconde do Uruguai⁶: “*a jurisdição administrativa sem garantias, sem forma conveniente de processo, é arbítrio puro e simples da Administração*”⁷.

O renomado processualista italiano Elio Fazzarali, ensinava que: “*o processo é modulo de participação e síntese de vontades contrapostas, predestinado à produção do ato final*”⁸.

⁵ DINAMARCO, C. R. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6 ed., 2010, São Paulo, Malheiros.

⁶ Paulino José Soares de Sousa foi juiz, desembargador, deputado, senador, ministro da Justiça e dos Negócios Estrangeiros, presidente de Província e ministro do STF.

⁷ CARVALHO, J. M. de. (org.) *Visconde do Uruguai*. Coleção Formadores do Brasil, Ed. 34, São Paulo, 2002.

⁸ FAZZARALI, E. *Instituições de Direito Processual*. 1ª ed., Bookseller, São Paulo, 2006.

Para Scarpinella Bueno⁹, além de todos os benefícios democráticos gerados pelo respeito ao contraditório, ele também viabiliza a boa e adequada prestação jurisdicional, pois “*a ampla discussão quanto à produção do ato administrativo, em sede não judicial, pode facilitar e viabilizar o controle judicial*”.

Quanto ao *due process of law*, Bandeira de Mello¹⁰, escreve que:

“Deveras, o propósito nele consubstanciado é o de oferecer a todos os integrantes da sociedade a segurança de que não serão amesquinhados pelos detentores do Poder, nem surpreendidos com medidas e providências interferentes com a liberdade e a propriedade sem cautelas preestabelecidas para defendê-las eficazmente. (Grifos)

(...)

Tal enquadramento da conduta estatal em pautas balizadoras (...) concerne tanto a aspectos materiais, quanto a aspectos formais, ou seja, relativos ao preestabelecimento dos meios eleitos como vias idôneas a serem percorridas para que, por meio delas, e somente assim, possa o Poder Público exprimir suas decisões”.

Para a ministra Cármen Lúcia¹¹:

“As formas desempenham um papel essencial na convivência civilizada dos homens: elas delimitam espaços de ação e modos de inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante (...). Fora daí, não há solução para a barbárie e para descrença no Estado. Sem confiança nas instituições jurídicas, não há base para a garantia nas instituições políticas”

Carvalho Filho¹² ensina que: “*Embora se costume invocá-lo (o devido processo legal) nos processos litigiosos, (...) a verdade é que a exigência do postulado atinge até mesmo os processos não-litigiosos (...)*”.

Frederico Marques¹³ lembrava que:

“Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria se assim atuasse fora das fronteiras do *due process of law*. Se o contrário fosse permitido, ter-se-ia de concluir que será lícito atingir alguém em sua fazenda ou bens, sem o devido processo legal. (...) Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio, sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa”.

⁹ BUENO, C. S. *Manual de Direito Processual Civil*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2020.

¹⁰ DE MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 108.

¹¹ ROCHA, C. L. A. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*. In *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, n. 3
6, out./dez., 1997, ps. 5 a 28.

¹² CARVALHO FILHO, J. dos S. *Manual de Direito Administrativo*. 34ª ed., Atlas, São Paulo, 2020.

¹³ MARQUES, J. F. *A garantia do *due process of law* no Direito Tributário*, RDP 5/28 apud MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, 43ª ed., 2018, São Paulo, Malheiros.

Nos dias atuais, há multiplicidade de interesses, diversidade de pontos de vista, inúmeras controvérsias a respeito de direitos, no âmbito da atuação administrativa¹⁴. Assim, “*o litígio surge em razão de uma controvérsia, em razão de um conflito de interesses. (...) Haverá litigantes sempre que houver um conflito de interesses, sempre que houver uma controvérsia*”¹⁵.

Para Nery Jr.¹⁶:

“Em razão da incidência da garantia constitucional do contraditório, é defeso ao julgador encurtar, diminuir (“verkürzP”) o direito de o litigante exteriorizar a sua manifestação nos autos do processo. Em outras palavras, não se pode economizar, minimizar a participação do litigante no processo, porque isso contraria o comando da norma”.

Importante lembrar, também, do princípio constitucional da moralidade, que compreende os princípios da lealdade e da boa-fé, segundo os quais:

“A administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lisura, sendo-lhe proibido qualquer comportamento astucioso, evado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos”¹⁷.

A verdade é que falta prestígio ao processo administrativo em nosso país. O desprestígio vem especialmente da própria Administração pública, mais interessada em atingir as suas metas e compromissos, do que em cumprir todos os requisitos do processo e, assim, garantir cabalmente os direitos dos administrados.

Aliás, consoante o princípio da verdade material, a Administração pública deve tomar decisões com base nos fatos, tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida por um ou outro interessado.

Para tanto, tem ela o dever-poder de trazer aos autos todos os dados, informações e documentos a respeito da matéria tratada, sem estar restrita aos aspectos considerados pelos interessados. Assim, a Administração tem, não só liberdade plena, como o dever de buscar a produção de informações, dados, documentos e evidências.

O Poder Executivo também tem o dever-poder de apurar e investigar. Tal “dever-poder” de averiguar todos os fatos que possam configurar hipótese prevista na legislação, decorre do princípio da supremacia do interesse público e do princípio da legalidade.

Da jurisprudência

Além de jurisprudência reiterada e pacífica em todos os tribunais pátrios, e. Superior Tribunal de Justiça STJ, no Incidente de Assunção de Competência no Recurso Especial (IAC no REsp) nº 1604412-SC (2016/0125154-1), definiu que “*o contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do*

¹⁴ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 20ª ed., 2016, São Paulo, RT.

¹⁵ GRINOVER, A. P. Garantias do contraditório e ampla defesa. *Jornal do Advogado*, Seção de São Paulo, n. 175, nov. 1990, p. 9. *Apud* MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, 43ª ed., 2018, São Paulo, Malheiros.

¹⁶ SACHS-DEGENHART, KommGG, comment. II, 3, GG 103, p. 2.20, 4a ed., München: Beck, 2007. *Apud* NERY. N. J. *et all. Constituição Federal Comentada*. 7ª ed., 2019, São Paulo, RT, p. 183.

¹⁷ DE MELLO, C. A. B. *Op. Cit.*, p. 109.

Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição”.

Não menos submetido ao comando constitucional do contraditório está, por intuitivo, o Poder Executivo, pois, como visto, “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...) são assegurados o contraditório e ampla defesa (...)*”¹⁸.

Conclusão

Seria compreensível, ainda que lamentável, da parte de integrantes do Poder Executivo, de atuação burocrática e limitados conhecimentos jurídicos, a falta de compreensão do significado e importância de princípios como o do contraditório e do devido processo para a própria sustentação do Estado de direito.

Neste contexto, sobrevém a importância do Poder Judiciário, como última instância do cidadão para a garantia de seus direitos, inclusive contra o próprio Estado-Administração. Quem, senão o Judiciário, para orientar a correta atuação do Poder Executivo? Afinal, trata-se do relacionamento do Estado, por meio do Poder Executivo, com os seus súditos. Ou seja, da relação jurídica entre a Administração e o administrado.

A estatura desse relacionamento e o respeito integral às garantias constitucionais somente poderão ser demarcados pela atuação firme e fiel do Poder Judiciário.

Qualquer espécie de postergação, diminuição ou enfraquecimento desses princípios afronta os direitos de qualquer cidadão ou agente econômico e, portanto, também de todo o conjunto da sociedade.

A história nos revela que o desmoronamento do Estado de direito se inicia, exatamente, pelo desdém a pequenos, porém significativos direitos dos cidadãos e, frente à apatia da sociedade, o pouquinho se transforma em desprezo.

Não há como relativizar o devido processo e o contraditório. Ou eles existem ou não existem. Ou bem são garantidos, ou não.

Seria o mesmo que dizer ao condenado à pena de reclusão em ação criminal, que seu recurso será analisado, mas somente depois que a vara se organizar em razão de mudanças na estrutura de pessoal e de fluxo de trabalho.

A cada dia que passa, a ineficiência e a negligência do Poder Executivo impõem prejuízos aos administrados e, em última instância, a toda a sociedade.

O verbete “postergar”, de acordo com o dicionário da Língua Portuguesa, admite dois significados, conforme abaixo:

1. *preterir, desprezar.*
2. *não fazer caso, menosprezar.*

Nesse sentido, quando há flagrante leniência da Administração com a postergação, com a preterição e o pouco caso, resta também patente o desprezo ao devido processo e ao contraditório.

Em se tratando de postulados tão elevados e indispensáveis do direito processual e administrativo, não se pode admitir qualquer espécie de diminuição ou menosprezo, ainda que de forma temporária, tanto mais da Administração pública.

¹⁸ Art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Os instrumentos de políticas comerciais, sua importância para emprego, renda, bem-estar social e econômico, além da manutenção do livre comércio justo¹.

Josefina Guedes

José Ricardo Machado Bernardo

O comércio internacional sempre foi muito importante para o desenvolvimento e enriquecimento das nações, ainda mais após a Segunda Guerra mundial.

Muitos países com forte corrente de comércio e com uma política comercial mais madura já possuíam legislações nacionais que tratavam de questões de concorrência predatória ou desleal nas importações e com isso já utilizavam diversos instrumentos para combater tais práticas, há mais de 100 anos. Esses instrumentos já tinham por objetivo principal equalizar concorrência justa no comércio entre os parceiros.

As experiências canadenses, norte-americanas e de outros países, sobre regras do sistema de acordos comerciais entre nações, nortearam o esboço do Acordo Geral Sobre Tarifas e Comércio – conhecido como GATT, que, desde 1947, vem tendo uma função crucial para a manutenção do livre comércio e foi fundamental para a criação da Organização Mundial do Comércio.

A Organização Mundial do Comércio é uma organização criada com o objetivo de supervisionar e liberalizar o comércio internacional. A OMC surgiu oficialmente em 1º de janeiro de 1995, com o Acordo de Marraquexe, em substituição ao Acordo Geral de Tarifas e Comércio, que começara em 1947.

O Brasil participou das negociações da fracassada Carta de Havana (OIC) em 1947, mas é importante destacar que é também membro fundador do GATT (1948).

Somente em 1987, o Brasil publicou o Decreto nº 93.941, de 16 de janeiro de 1987, promulgando o Acordo Relativo à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), reconhecendo a necessidade de implementar um dos instrumentos de políticas comerciais já utilizados por membros da organização, devido a maior abertura comercial naquela época, a extinção de regulamentação nacional de outros instrumentos condenados pela OMC e sua maior inserção ao comércio internacional.

Com a criação do Departamento de Defesa Comercial no Ministério da Indústria e a publicação do novo código nacional antidumping através do Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995, foram regulamentadas as normas para disciplinar os procedimentos administrativos, relativos à aplicação de medidas antidumping, bem como a Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995, que dispôs sobre a aplicação dos direitos previstos no Acordo Antidumping e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios.

A Lei nº 9.019, em seu Artigo 1º, parágrafo único, veio atender reivindicação da indústria nacional para que os direitos antidumping e os direitos compensatórios fossem cobrados independentemente de quaisquer obrigações de natureza tributária relativas à importação dos produtos afetados.

¹ Colaboração: Rogério Pitta - Economista da GBI Consultoria Internacional

Medidas Antidumping impostas (1995 a junho/2021)

Anti-dumping Measures by Reporting Member 01/01/1995 - 30/06/2021																													
Reporting Member	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	30/06/2021	Total	
Total	121	95	127	185	190	236	169	218	224	154	138	142	105	143	143	134	99	121	161	159	182	171	192	203	146	114	153	4.225	
India	7	2	8	22	23	55	38	64	52	29	18	16	24	31	30	32	26	30	12	15	38	37	47	37	13	12	26	744	
United States	33	13	20	16	24	31	33	27	13	14	18	5	4	23	15	17	4	7	7	22	14	35	33	41	33	21	50	573	
European Union ⁵	15	23	23	28	18	41	13	25	2	10	20	12	12	16	9	5	11	3	12	1	10	5	11	3	4	8	1	341	
Argentina	13	20	11	13	9	14	14	22	19	1	8	4	8	5	16	15	8	9	9	9	11	1	2	13	13	11	6	284	
Brazil	3	6	2	14	5	9	13	5	2	5	3		9	11	16	5	13	14	30	32	31	13	10	9	6		3	269	
China				3	2	5		5	33	14	16	24	12	4	12	15	6	5	8	12	5	11	5	23	12	9	20	261	
Turkey	11				1	8	2	11	28	16	9	21	6	11	9	10	2	1	8	9	7	9	10	10		2		201	
Canada	7		7	10	10	14	19		5	8	4		3	3	2	3	1	10	7	6	13	3	10	7	8	5	15	180	
Australia	1	1	1	20	6	5	11	9	10	4	3	5	1	3	2	2	5	10	9	14	10	5	14	5	12		2	170	
South Africa ¹⁰		10	18	13	36	13	5	15	1	4		7	1	3	3	1		1	2	3	5					3		144	
Mexico	16	4	7	7	7	6	3	4	7	7	8	5			1	2	1	4	2	8	9	12	2	7	8	4	2	143	
Korea, Republic of		5	10	8		5		1	4	10	3	8		12	4		2		5	5	3	3	4	7	2	1		102	
Pakistan								1	2	4	1	7	4		6	5	7	6	7		1	2	12	19	4	4	5	97	
Egypt				5	14	1	2	7	4	1		12	2	3		1	1		1		1	4	6		1	2	9	77	
Malaysia		2	2	4	1	1		1	7		7								11	2	5	5		4	6	6	2	66	
Indonesia			4	2	7			1		8	4	2		5	1	5	2	4	5	3	6		3	1	1			65	
Ukraine							1	2	2	2	6	2	1	5	7			7	2	1	1	2	2	2	9	9	1	64	
Thailand			1	2				1	20	1	2		1		3		3	2	7	4		5	7			1	2	62	
Peru	2	2	3		3	4	1	7	7	8	3	4	1		2	1	1		1		1	1		1				53	
Colombia	1	1	1		6	2				1	1	1	7		3			1	6	4	3	1	1	8			1	49	
Demais	12	6	9	18	18	22	13	11	5	7	4	7	9	8	2	15	6	7	10	9	8	17	13	6	14	16	8	280	

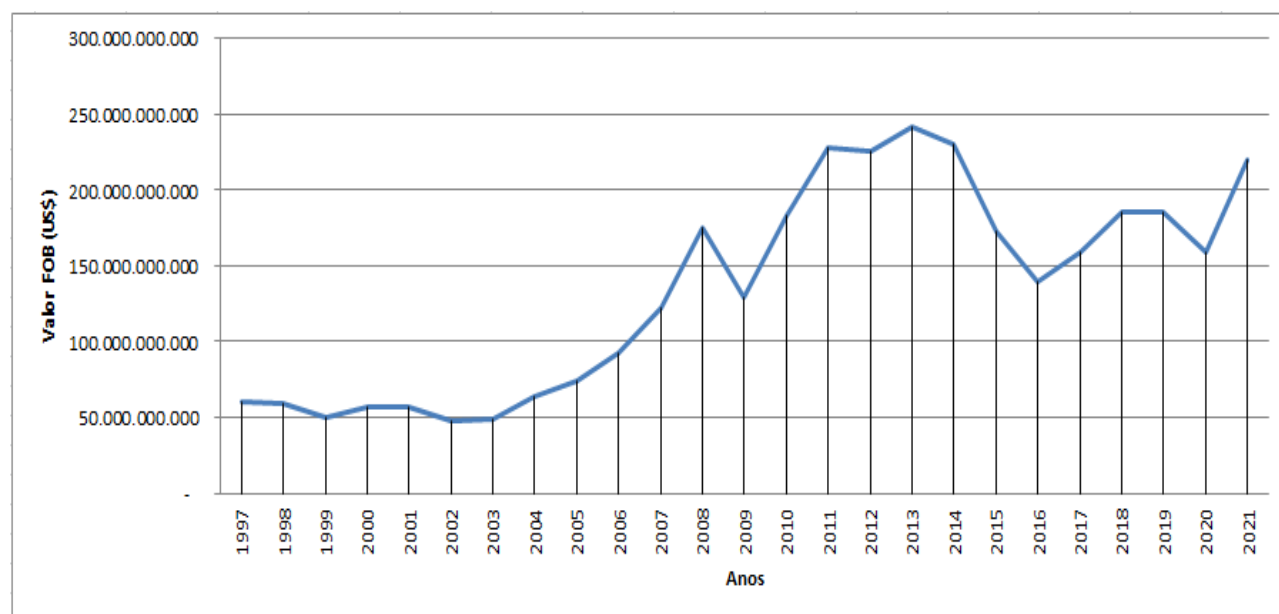
Fonte: WTO (https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/AD_MeasuresByRepMem.xlsx).

Observam-se ciclos de altas e baixas pela utilização das medidas antidumping. Os ciclos de aumento da utilização ocorrem normalmente em tempos de crise. Países europeus e os EUA, buscando manter o nível de emprego e renda diante da forte concorrência predatória, principalmente por parte dos países asiáticos, impõem barreiras, muitas vezes não tarifárias, proibidas pela própria OMC. Nesse momento de desequilíbrio entre a oferta e demanda, há uma corrida para países periféricos, como Brasil. Assim, há um aumento natural da utilização de instrumentos que eliminem as distorções dos preços predatórios.

A abrangência dos instrumentos de defesa comercial é tão específica aos produtos objetos das investigações, que não há nenhum estudo que demonstre que o aumento da utilização desses instrumentos influenciou na queda das importações brasileiras, pelo contrário, as importações brasileiras vêm crescendo ao longo dos anos e quando houve quedas foram influenciadas pela queda do PIB e não por imposição de medidas de defesas comerciais. O quadro e gráfico a seguir apresentam as importações brasileiras de 1997 a 2021:

Importações Brasileiras (Fonte: Comexstat/ME)

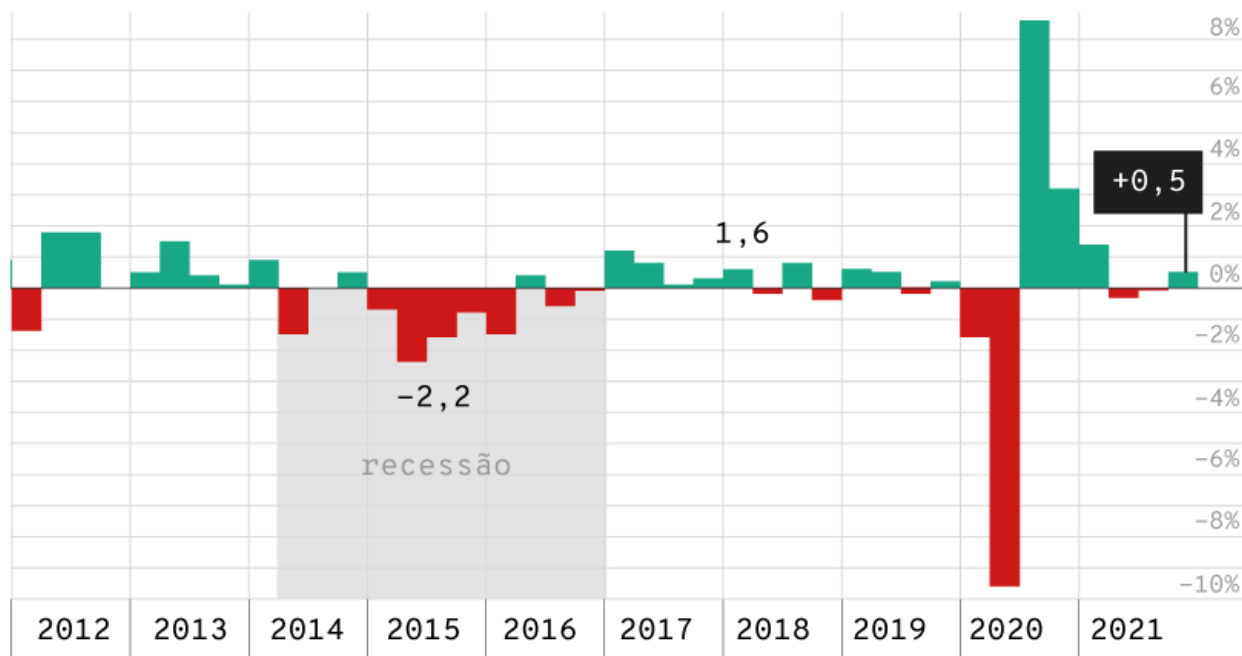
Ano	Valor FOB (US\$)	Quilograma Líquido
1997	60.537.962.059	85.960.038.616
1998	58.672.860.908	90.071.961.252
1999	50.259.540.356	85.513.043.023
2000	56.976.350.170	92.834.971.586
2001	56.569.020.182	93.349.664.240
2002	48.274.763.553	91.454.215.156
2003	49.307.163.152	94.501.387.260
2004	63.813.636.668	102.597.893.238
2005	74.692.215.554	93.089.793.256
2006	92.531.096.870	102.265.643.864
2007	122.041.949.120	118.843.609.221
2008	174.707.087.626	124.495.090.563
2009	129.397.611.523	103.914.791.481
2010	183.336.964.846	138.111.464.460
2011	227.969.756.701	148.702.935.502
2012	225.166.426.069	141.788.957.040
2013	241.500.886.459	159.565.878.109
2014	230.823.018.796	165.284.900.159
2015	173.104.259.077	146.470.902.082
2016	139.321.357.653	138.412.341.184
2017	158.951.444.003	147.377.404.392
2018	185.321.983.502	151.392.468.267
2019	185.927.967.580	153.404.722.395
2020	158.786.824.879	143.979.868.044
2021	219.408.049.180	178.410.726.540



Histórico do PIB brasileiro

PIB trimestral em 10 anos (2012 a 2021)

● Taxa do trimestre contra trimestre imediatamente anterior, de 2012 a 2021, em %



Fonte: IBGE.

Conforme já mencionado acima, os anos de queda das importações brasileiras estão diretamente ligadas aos períodos de PIB negativo brasileiro. Em 2009, em consequência da quebra do Lehman Brothers. Em 2015 e 2016, consequência da queda do PIB brasileiro em função de decisões governamentais e, por fim em 2020, decorrência da pandemia.

O Brasil, diferentemente de muitos países membros da OMC, tem se mostrado mais conservador na utilização dos instrumentos de defesa comercial, por aplicar direitos inferiores ao montante de dumping.

Além disso, em todas as investigações antidumping originais, há abertura de avaliação de interesse público. Importante ressaltar que este instrumento é adotado por poucos países e em situações bem específicas, como observado em investigações realizadas no Canadá, Austrália, UE e Índia.

Tal prática tem gerado muita insegurança para todo o ambiente de investimentos nacionais e estrangeiros no país. No Brasil, além da redução do direito antidumping a ser aplicado, também existem diversos casos nos quais foi recomendada a suspensão, por um ano, renovável por mais um ano, da cobrança do direito. Em outros países que realizam a análise de interesse público, em pouquíssimos casos houve apenas redução do direito.

Ao longo dos últimos anos é observada uma enorme celeuma, quando se debatem os instrumentos de defesa comercial. É fundamental destacar que medidas antidumping e compensatórias não constituem barreiras às importações e nem proteção à indústria doméstica. A utilização de medidas de defesa comercial de maneira justa, equilibrada e de acordo com as regras da OMC é legítima e fundamental para a correção de distorções indevidas decorrentes de práticas desleais de comércio.

A aplicação de uma medida traz diversos efeitos positivos para a indústria doméstica e, também, sobre o mercado como um todo. A medida permite que o dano que vem sofrendo a indústria doméstica

em decorrência da concorrência desleal seja equalizado, garantindo que a indústria doméstica possa comercializar seus produtos de forma competitiva e justa, permitindo o devido retorno de seus investimentos e, como consequência, a manutenção de seus contínuos investimentos em tecnologia, inovação e competitividade.

Setor	Média de Salário médio (dirigentes)
Bebidas	10.490,66
Engenharia e construção	9.256,37
Extração de Petróleo	42.364,46
Fabricação de borracha	9.044,70
Fabricação de produtos químicos	15.001,94
Fabricação de veículos	15.960,74
Máquinas e equipamentos	12.153,88
Metalurgia	14.178,21
Minerais não metálicos	6.849,86
Outros equipamentos de transporte	16.862,06
Papel	12.172,35
Produtos alimentícios	8.040,56
Produtos e materiais elétricos	12.153,88
Produtos famoquímicos	18.530,88
Serviços financeiros	11.414,60
Telecomunicações	8.988,04
Têxtil	7.152,01
TI	11.824,18
Média Geral	18.135,49

Fonte: CNI

Em nenhum fórum de debate é avaliado o impacto ao emprego, ao salário e a renda no país. Convém destacar a importância dos instrumentos de defesa comercial para proteção de milhares de empregos no Brasil, na geração de aumento de salários, renda, geração de bem-estar social e econômico para toda população. A indústria é responsável por gerar milhões de empregos com carteira assinada e com melhores salários, quando comparados aos demais setores da economia, basta observar o quadro abaixo:

Além das questões de emprego e de renda, fatores considerados importantíssimos em outros países, outro ponto importante que precisa ser levando em consideração é a representatividade dos produtos sujeitos às medidas de defesa comercial frente ao total importado pelo país aplicador. Somente assim pode-se entender as verdadeiras razões que motivam os maiores países utilizadores desse instrumento no comércio internacional.

O consumidor precisa compreender que comprar um produto mais barato num primeiro momento, parece ser vantajoso. Porém, se o preço não for de mercado, apenas um preço artificialmente baixo para quebrar a concorrência, em um segundo momento trará prejuízos irremediáveis à indústria nacional, com fechamentos de fábricas, desemprego, redução da renda dos brasileiros e menos impostos arrecadados, podendo acarretar em diminuição da capacidade dos governos em investir em educação, saúde e segurança pública. A indústria participa com mais de 32% do total da arrecadação dos impostos no país.

Segundo dados da Confederação Nacional da Indústria, divulgados em 18 de março de 2022², em 2021, a indústria respondeu por 22,2% do PIB e por 71,8% das exportações brasileiras de bens e serviços. Os dados mais recentes disponíveis indicam também que o setor industrial representa 68,6% do investimento empresarial em pesquisa e desenvolvimento e 32,9% da arrecadação de tributos federais (exceto receitas previdenciárias).”

A importância da Indústria para o Brasil

Em 2021, a Indústria respondeu por 22,2% do PIB e por 71,8% das exportações brasileiras de bens e serviços. Os dados mais recentes disponíveis indicam também que o setor industrial representa 68,6% do investimento empresarial em pesquisa e desenvolvimento e 32,9% da arrecadação de tributos federais (exceto receitas previdenciárias).

18/03/2022



² Disponível em: <https://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/importancia-da-industria/#:~:text=A%20import%C3%A2ncia%20da%20Ind%C3%BAstria%20para,brasileiras%20de%20bens%20e%20servi%C3%A7os.>

O poder da indústria de **gerar crescimento**



A cada **R\$ 1,00** produzido na indústria, são gerados **R\$ 2,43** na economia brasileira

Nos demais setores, o valor gerado é menor:



Agropecuária
R\$ 1,75

Comércio
e Serviços
R\$ 1,49

A indústria paga os **melhores salários**



A indústria
emprega
9,7 milhões
de trabalhadores



salário médio dos
trabalhadores com
**ensino superior
completo**

salário médio dos
trabalhadores com
**ensino médio
completo**

R\$ 7.652
Indústria

R\$ 5.976
Brasil

R\$ 2.380
Indústria

R\$ 2.106
Brasil

Fonte: CNI

Maior reflexão sobre a importância da defesa comercial, sua legislação e a valorização dos órgãos responsáveis por sua análise deve ser feita por toda sociedade, para que não sejam cometidos- erros que possam prejudicar a indústria, e consequentemente, o futuro da nação.

O debate sobre os instrumentos de defesa comercial não deve ocorrer de forma alijada da sociedade, pois o tema não afeta apenas a indústria, o maior impacto é sentido na sociedade como um todo, pois seu efeito direto e mais importante é na geração de emprego e renda, resultando no bem-estar da população.

Petrobras e a Armadilha do Neoliberalismo Tardio

Lucia Helena Salgado

“No dia em que o Brasil passar de comprador a vendedor de petróleo, então deixaremos de ver essa coisa tristíssima de hoje – milhões de brasileiros descalços, analfabetos, andrajosos – na miséria. O Brasil tem todos os elementos para tornar-se um país riquíssimo – mas riquíssimo de verdade, e não, como hoje, apenas rico de “possibilidades” ou de “garganta”.”
(Lobato, 1937)¹.

Foi assim que o Visconde de Sabugosa resumiu, no terceiro dos serões sobre geologia no sítio de Dona Benta, a convicção de Monteiro Lobato de que a exploração e refino do petróleo (tido, na época, como inexistente no Brasil) por uma empresa pública nacional, de um lado, e o desenvolvimento econômico e social, de outro, estavam intimamente ligados.

Monteiro Lobato não viveu para ver as esperanças que tinha para o Brasil, pelo menos em parte, concretizadas. A empresa pública com que sonhou foi criada cinco anos após sua morte, a Petrobras. Esta tornou-se a maior empresa do país e da América Latina, desenvolveu tecnologia própria, capacidade multiplicadora de demanda por suprimentos nacionais e aceleradora de investimentos, ocupou papel central no planejamento da política energética e industrial do país – implantando a petroquímica e a indústria de fertilizantes durante o II PND após o choque do petróleo de 1973 –, segue investindo em P&D para desenvolver fontes de energia renováveis como biomassa; a composição do legado que proporcionou ao país é mesmo vasta.

Contudo, foi apanhada na armadilha do neoliberalismo tardio, *zeitgeist* dominante neste país. “O Brasil não é para principiantes”, dizia o maestro Tom Jobim. É espantoso como ideias superadas pela realidade, teses falsificadas pelas evidências, são requentadas e defendidas aqui como achados; museu de grandes novidades este nosso Brasil.

Os anos 1990 foram marcados por mudanças radicais, renunciando novos tempos: a queda do muro de Berlim, a derrocada da União Soviética e, com ela, o fim da guerra fria, tudo apontava para um “caminho único” – o fim da História? – para os países industriais avançados e para aqueles agora denominados emergentes. O caminho único para o pleno desenvolvimento já tinha uma receita pronta, conhecida como o “Consenso de Washington”: liberação do comércio exterior, privatização, disciplina fiscal, redução do tamanho (sobretudo dos gastos sociais) do Estado. Era a fórmula pela qual os países em desenvolvimento (agora renomeados emergentes) participando da globalização alcançassem a prosperidade.

A fórmula neoliberal para o desenvolvimento parecia ao mesmo tempo tão simples e consistente que influenciou desenhos de políticas públicas mesmo entre segmentos tradicionalmente ligados ao ideário socialdemocrata – aquele que desenhou a Constituição- Cidadã de 1988. Ali nos anos 1990, muitos de nós estávamos convencidos de que a concessão de serviços públicos e a extinção de monopólios legais, acompanhados do desenho cuidadoso de instrumentos e instituições reguladoras, seriam suficientes para atrair novos investidores, introduzir a concorrência e revelar todas as virtudes de uma economia de mercado apoiada por um Estado regulador competente e bem-intencionado.

Mas não só aqui; na Europa do Sul (Espanha, Portugal, Itália e Grécia), no Reino Unido e na França, muita esperança foi depositada na privatização de empresas estatais operando em serviços públicos, como caminho para introdução da concorrência e oferta de melhores serviços e preços mais

¹ *O Poço do Visconde*, Monteiro Lobato, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1937.

baixos. O fundamento seria a superioridade operacional da empresa privada que, mais eficiente, atenderia melhor a sociedade com preços menores.

Essa hipótese foi posta à prova em várias experiências reais, mas tanto o volume de casos de abuso de posição dominante como as evidências de que os mercados permaneciam fortemente concentrados revelaram a ingenuidade do pressuposto; em uma frase: abrir mercados para a concorrência privatizando estatais ou concedendo serviços públicos não tornou os mercados competitivos.

A teoria da organização industrial tem explicado o aparente paradoxo da livre entrada não ser suficiente para eliminar o poder de mercado (e o abuso do poder de mercado). Continuam presentes elementos estruturais como barreiras à entrada, custos afundados, externalidades de redes e custos de troca pelos usuários. Ademais, em indústrias que operam em rede, a diversificação e a verticalização reduzem custos de transação, de logística e coordenação, geram economias de escopo e reduzem riscos de portfólio. O desmembramento, desinvestimento e restrição de operação em um segmento onde a empresa apresente vantagens comparativas não necessariamente leva a uma situação socialmente ótima.

Concluída a longa digressão, voltamos à Petrobras e à armadilha do neoliberalismo tardio em que a empresa se deixou apanhar. A melhor expressão da doutrina neoliberal aplicada à gestão empresarial foi exposta no artigo de Milton Friedman publicado em 13/12/1970 no jornal New York Times: *"The Social Responsibility of Business is to increase its profits."* O título sumariza toda a doutrina que por cinquenta anos reinou como dogma nas escolas de negócios e nos conselhos de administração. Como observou Marianne Bertrand², a primazia do acionista, ignorando-se as vozes de trabalhadores, consumidores e das comunidades, traduzindo uma única função objetivo para a empresa, foi a visão dominante desde os anos 1970 nos Estados Unidos e em países que seguiram seu ideário. Por décadas se acreditou que "o que fosse bom para o acionista era bom para a sociedade."³

Essa crença foi posta em xeque sobretudo a partir de 2008, com a debacle provocada pela crise financeira que se estendeu após a quebra da casa bancária Lehman Brothers nos Estados Unidos, evento que levou todo o mercado financeiro internacional à beira do colapso. As contradições, tensões e fracassos do capitalismo globalizado em sua expressão mais desenvolvida, nos Estados Unidos, trouxeram à luz o quadro de concentração de renda e riqueza, com seu fardo de sofrimento para milhões, como jamais a humanidade conhecera ao longo de sua história. Neste ambiente, ganha força uma nova consciência sobre as responsabilidades das empresas não apenas com a "teoria do valor do acionista", mas também com o meio ambiente, a comunidade, os trabalhadores, os consumidores. É o momento em que se fortalece o movimento que já se organizava desde os anos 1970 e que hoje responde pelo acrônimo ESG (*Environmental, Social and Governance*).

Paralelamente, chama atenção o movimento denominado *Patriots Millionaires*⁴: centenas de herdeiros, investidores e empresários que se reúnem desde os anos 2010 em torno de uma pauta: queremos pagar mais impostos, o credo da maximização de lucros à custa do bem-estar da sociedade não mais nos representa.

É espantoso que, enquanto nas economias avançadas do mundo ocidental, uma nova mentalidade se forma⁵, no Brasil a maior empresa do país é instada a operar sob o antigo credo friedmaniano: a única

² Professora de Economia da Universidade de Chicago, "Booth School of Business".

³ Artigo especial publicado na edição de 13/09/2020, nos 50 anos do ensaio de Friedman <https://www.nytimes.com/2020/09/13/business/dealbook/milton-friedman-essay-anniversary.html>

⁴ "Members of the Patriotic Millionaires say the income gap in the US has become a disaster – and it's time to 'take that money back'" <https://www.theguardian.com/us-news/2022/apr/08/patriotic-millionaires-one-percenters-pay-higher-taxes>

⁵ Em 2021, Larry Fink, CEO da Black Rock, maior fundo de investimento do planeta, em sua carta anual aos acionistas, tratando do lema ESG, conclamou-os à ação urgente para que a comunidade de negócios passe a

responsabilidade social da empresa é maximizar o lucro do acionista! Com o agravante de que se trata de uma monopolista de fato atuando livre, leve e solta, sem qualquer restrição à precificação de monopólio!

Ora, empresas mistas como a Petrobras sofrem, por definição, da síndrome que Abranches (1978) denominou de “dupla lógica da empresa estatal”: convivem com o dilema de, por atuarem no mercado, precisarem ser produtivas e rentáveis, serem vistas como importantes instrumentos de políticas públicas de curto e de longo prazo para os governos⁶. Sob o comando de uma agenda neoliberal centrada no desmonte de políticas públicas (que não combinam com o ideal de um Estado mínimo) e destituída de qualquer resquício de estratégia de desenvolvimento, a Petrobras tem se empenhado na implosão de suas capacidades – com a venda de ativos e saída de segmentos⁷ – e numa démarche anacrônica de “maximizar o lucro do acionista”.

Desde 2017, no governo Temer, a Petrobras passou a adotar uma política de preços cuja função objetivo é exclusivamente maximizar lucros. Com aval governamental, 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 importadores⁸. De fato, 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 interessados⁹.

O Brasil não é mesmo para principiantes. Movidos pela ingênua crença de que a concorrência se estabeleceria por meio de algumas poucas oportunidades e incentivos, transformamos um monopólio público¹⁰ de direito em um monopólio privado de fato¹¹, 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

desempenhar o papel que lhes cabe para fazer “um mundo melhor.” <https://www.blackrock.com/br/2021-blackrock-client-letter>.

⁶ “A questão da empresa estatal: economia, política e interesse público.” Sergio Abranches in Revista de Administração de Empresas, Rio de Janeiro, 19(4): 95-105, out-dez 1979.

⁷ 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) 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.

⁸ Não obstante as importações representarem cerca de 8% do total do petróleo comercializado e desempenharem função complementar no refino, duas fortes sinalizações de que instrumentos regulatórios poderiam dar conta melhor dessa equalização, sem sacrifício de toda a cadeia de produção e todos os consumidores de combustível e gás.

⁹ Decisão no mínimo controversa, visto que ao determinar a venda de dutos de transporte e refinarias em diferentes mercados relevantes geográficos, deverá dar origem a monopólios regionais.

¹⁰ Até 1997 a Petrobras exercia o monopólio da pesquisa, exploração e refino do petróleo, quadro alterado pela Emenda Constitucional n. 9/1995 regulamentada pela lei n. 9.478/1997.

¹¹ Em 2000, no governo de Fernando Henrique Cardoso, a Petrobras passou a colocar papéis na bolsa de valores de Nova York. Desde então a União passou de 80% para 36% de controle do capital total da empresa (50% das ações com direito a voto), sendo que hoje cerca de 64% do capital da empresa pertence a acionistas privados, sendo 40% desses papéis negociados no exterior. <https://www.cut.org.br/noticias/afinal-quem-manda-na-petrobras-fup-pergunta-e-responde-e-o-presidente-do-brasil-333c>

biofertilizantes e biodefensivos, 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.

Na contramão dos esforços empregados pelas suas rivais no cenário mundial, que investem pesadamente em fontes de energia renováveis, integração vertical e novos segmentos, adquirindo ou atuando em parceria com *start-ups* de tecnologia, a orientação imposta à Petrobras pelo comando escolhido pelo governo é esquecer o longo prazo e desfazer-se dos ativos em segmentos estratégicos e em novas fontes de energia, concentrando-se na atividade mais lucrativa a curto prazo, a extração em águas profundas, para satisfação dos acionistas privados.¹²

Comportando-se como uma monopolista privada – e isolada da concorrência pelas características estruturais da indústria – a Petrobras atua hoje de forma nitidamente abusiva. Abusa de sua posição dominante com o expediente mais simples: estabelecendo paridade do preço dos combustíveis com o preço internacional como se não houvesse alternativas. Há. Conforme outros analistas já apontaram, a parcela dos lucros extraordinários – os *windfall gains* que são independentes de qualquer ação ou inação da empresa, função da flutuação de preços internacionais – poderia formar um fundo de estabilização dos preços dos combustíveis, o que, considerando o grau de dependência que a cadeia logística e de transporte apresenta com relação aos combustíveis fósseis, teria forte impacto estabilizador sobre ampla gama de preços na economia.

Esses mesmos ganhos extraordinários – que nada devem a uma pretensa eficiência em gestão – poderiam ser também transformados em fonte importante de financiamento de pesquisa e desenvolvimento de fontes alternativas de energia. Estaria aí a forma mais rápida da Petrobras adaptar-se a novas regras, adequar-se ao novo padrão de conduta empresarial ESG, o mesmo que os grandes fundos de investimento comprometem-se em priorizar em suas aplicações¹³.

Diversas soluções regulatórias já foram concebidas para compatibilizar interesses de uma monopolista natural privada e o interesse público, do conjunto da sociedade¹⁴. No entanto a agência regulatória do setor, a ANP, reluta em atuar onde quer que a palavra “preço” seja pronunciada. Da mesma forma, o Cade, autoridade de defesa da concorrência, permanece preso à teoria econômica convencional – irmã siamesa da doutrina neoliberal – fundamentada na crença de que os preços “livres”, por carregarem todas as informações necessárias para promover o equilíbrio entre oferta e demanda, tendem a se ajustar “naturalmente” desde que não sujeitos à interferência artificial do Estado.

São momentos como este que atravessamos que exigem daqueles que se dedicam a propor saídas para impasses coletivos e tomam decisões com impacto sobre a sociedade, sobretudo criatividade e coragem. Ainda está nessas mãos a chance de realizar aquele projeto de país sonhado pelo Visconde de Sabugosa:

“o Brasil tem todos os elementos para se tornar um país riquíssimo- (...) de verdade.”

¹² <https://www.cartacapital.com.br/opinio/petroliferas-europeias-tem-visao-mais-ambiciosa-sobre-renovaveis-do-que-a-petrobras/>

¹³ Como a Black Rock, comentada na nota 5 acima.

¹⁴ Por exemplo *Optimal Regulation*, Kenneth Train, The MIT Press, 1991 e *The Theory of Regulation and Procurement*, Jean Tirole e Jean-Jacques Laffont, The MIT Press, 1993.

Mercados Secundários de Espectro no Brasil: Oportunidades e Desafios

Luiz Alberto Esteves

Luciano Charlita de Freitas

Ronaldo Neves de Moura Filho

Os últimos anos foram marcados por uma série de reformas legais com desdobramentos sobre os mercados regulados no Brasil. A mais principiológica delas veio com a Lei nº 13.874/2019 – Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, centrada na racionalização da intervenção estatal. Para o caso do setor de telecomunicações, tal reforma trouxe aspectos especialmente interessantes. Destaca-se pela renovação do setor e a revisão da política de acesso a insumos escassos por particulares. Dentre as alterações, a possibilidade de estruturação de um mercado secundário de radiofrequências no Brasil foi um dos destaques.

A importância das radiofrequências se deve ao fato de serem insumo essencial para a prestação e uso de serviços de comunicação sem fio. Até a edição da Lei nº 13.879/2019, os prestadores de serviços detinham acesso exclusivo a partes do espectro. Tal distinção se justificava como contrapartida aos investimentos disponibilizados para aquisição das radiofrequências, obtidas em leilões primários conduzidos pelo regulador setorial. Nessas condições, não podiam negociá-las com terceiros, ou seja, transferi-las ou cedê-las para outros prestadores interessados. Com a reforma legal abre-se aos titulares do direito de uso de radiofrequências a possibilidade de transferência, ou de comercialização da parte ociosa do espectro, mediante anuência da administração pública e submissão a condicionantes de natureza concorrencial e regulatórias.

As bases legais para a criação desse novo mercado se sustentam no reconhecimento de seu potencial para lograr ganhos de eficiência e utilidade no uso de espectro a partir de configurações alternativas ao modelo de alocação tradicional. Sua vertente indutora de ganhos de eficiência alocativa e de aumento da competição no setor de telecomunicações já se encontra consolidada. Em regra, um mercado secundário maduro propicia maior agilidade na designação do espectro por permitir transações entre privados e, em países como o Brasil, pode representar uma oportunidade de ampliação da cobertura em regiões de menor atividade econômica, onde o uso desse recurso é potencialmente ineficiente.

A liquidez nesse novo mercado é um dos fatores críticos para alcançar os benefícios de eficiência, qualidade e ampliação da prestação de serviços móveis. Seu bom funcionamento permitirá elevar a confiança dos investidores para negociarem seus ativos de forma rápida e eficiente, promover a inovação e, inclusive, potencializar a utilidade das atividades nos mercados primários. Ademais, esse mercado também pode estimular o ecossistema financeiro do setor, visto que escalar o espectro a uma condição de ativo negociável gera implicações na composição patrimonial das empresas, com efeitos no custo de capital e no valor do negócio.

A despeito dos benefícios esperados, existem riscos de ordem técnica e concorrencial associados ao desenvolvimento do novo mercado. Aqueles relacionados a comportamentos anticompetitivos, especulativos e de criação de escassez artificial, bem como aspectos como interferências e custos de coordenação e harmonização são exemplos de ameaças comumente atribuídas ao mercado secundário.

Esses aspectos trazem desafios adicionais aos reguladores, visto que os mercados secundários de radiofrequências podem ser estruturados a partir de diferentes desenhos alocativos. Dentre tais possibilidades, a literatura especializada tem apontado três alternativas: (i) o *laissez-faire*, com mínima intervenção estatal; (ii) o de corretagem, com preços orientados a custos, e; (iii) o Licenciamento de Acesso Indireto Autorizado com incentivos (Leilões).

Um primeiro ponto a ser destacado é que estes mecanismos alocativos apresentam, sob determinadas circunstâncias, vantagens e desvantagens. Um segundo ponto é que o desenvolvimento de mercados secundários de espectro encontra-se em estado embrionário, até mesmo em economias com mercados de telecomunicações bastante sofisticados. Isso significa haver carência de evidência empírica que possa nortear a decisão do regulador.

Na ausência de evidência empírica, acadêmicos e especialistas estão recorrendo a simulações computacionais sobre a eficiência relativa desses mecanismos. Para tanto, faz-se necessária a formulação de modelos de economia computacional baseada em agentes (ACE), parametrizados para simular sistemas evolutivos, com agentes interativos autônomos no mercado secundário de radiofrequências.

Esse método de simulação tem o potencial de auxiliar no desenho normativo do novo mercado e oferecer intuições acerca do seu funcionamento e do comportamento dos agentes. Essa é uma agenda de pesquisa onde temos envidado esforços. O objetivo é buscarmos intuições econômicas que possam contribuir para o desenho de uma política regulatória para o setor de telecomunicações cada vez mais eficiente e menos invasiva.

Os advogados nas sessões do CADE.

Referência a uma lei que amplia os direitos dos advogados, na defesa de seus clientes, no processo administrativo do Cade.

Mauro Grinberg

A presença dos advogados nos julgamentos dos processos administrativos pelo Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) já chegou a passar por algumas controvérsias. Vale lembrar, para início expositivo, o que Paulo Lobo diz a respeito da função do advogado: “sem embargo da natureza não estatal de sua atividade, imprescindível para assegurar-lhe a independência diante do próprio Estado, o Estatuto¹ equipara-a a serviço público, em suas finalidades. Assim é porque a atividade de advocacia participa da administração pública de justiça. No Estado Moderno é comum que pessoas e entes privados executem funções e serviços públicos”². Cumpre invocar aqui o art. 133 da Constituição: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Uma lei recente acaba de abrir maiores possibilidades para a atuação dos advogados em processos administrativos – incluindo aqueles do Plenário do Cade – em seus julgamentos. Com efeito, estabelece o § 2º do art. 2º do EA que “no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público”. É consolidada a ideia de que o múnus público do advogado, previsto em lei, serve para a realização da Justiça, de tal sorte que, sem a presença do advogado, não há a realização da Justiça. Não passa despercebida a menção específica, no artigo acima, ao processo judicial; mas o que vem adiante faz acréscimo substancial.

A recente Lei 14.365/2022 – que enfrenta, no momento da escrita deste artigo, a possibilidade de revogação, pelo Congresso Nacional, de vetos de artigos que nada têm a ver com a matéria aqui tratada – acrescentou ao art. 2º do EA o § 2º-A: “No processo administrativo, o advogado contribui com a postulação de decisão favorável ao seu constituinte, e seus atos constituem múnus público”. Fica claro, desde logo, que a participação do advogado no processo administrativo é uma contribuição ao próprio processo – e ao sistema, obviamente – e não apenas um exercício de defesa (que também é). Vê-se assim que ao processo judicial foi acrescido o processo administrativo.

Também pela nova lei, a redação do inciso X do art. 7º do EA (Caput: “São direitos do advogado”) passa a ser a seguinte: “usar da palavra, pela ordem, em qualquer tribunal judicial ou administrativo, órgão de deliberação coletiva da administração pública ou comissão parlamentar de inquérito, mediante intervenção pontual e sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, a documentos ou a afirmações que influam na decisão”. Isto é importante porque, de acordo com José Henrique M. Araújo e Rodrigo Nery, “a sustentação oral acaba sendo o único momento em que, de fato, a parte, por meio do seu advogado, tem o direito de ser ‘ouvida’, no sentido literal da palavra”³.

Vale examinar o que esse dispositivo traz de novidade: (i) inclui expressamente o processo administrativo quando antes (no parágrafo anterior) falava apenas “em qualquer juízo ou tribunal”; (ii) agora existe a especificação, além do processo administrativo (que já seria suficiente), a “órgão de

¹ O Estatuto a que o autor se refere é o a Lei 8.906/1994, conhecida como Estatuto da Advocacia (EA)

² “Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB”, Saraiva, São Paulo, 2016, pág. 44 sus

³ “Novas Possibilidades de Sustentação Oral: Avanços e Omissões da Lei 14.365”, Consultor Jurídico, 10.06.2022

deliberação coletiva da administração pública”, em que certamente está encaixado o Cade, aplicando-se ao seu processo administrativo.

Ficam também enriquecidos o art. 123 e seu § 1º do Regimento Interno do Cade (Ricade): “A tribuna será ocupada para formular requerimento, produzir sustentação oral ou para responder às perguntas que forem feitas pelos membros do Plenário do Tribunal”; “aos advogados e ao representante legal da empresa é facultado requerer que conste de ata suas presenças na sessão de julgamento, podendo prestar esclarecimentos em matéria de fato, quando assim o Plenário do Tribunal entender necessário”.

O que muda substancialmente é que agora os questionamentos e esclarecimentos em audiência passam a ser um direito do advogado e não mais dependem de que o Plenário do Tribunal entenda que tais questionamentos e esclarecimentos sejam necessários. Vale lembrar que o Plenário do Tribunal do Cade tem costumeiramente sido favorável a tais questionamentos e esclarecimentos, sempre que tratam de questões de fato. Mas agora há a especificação a “equivoco ou dúvida surgida em relação a fatos, a documentos ou a afirmações que influam na decisão” (tudo isso além da óbvia sustentação oral).

Esta mudança caracteriza a aplicação do princípio da lealdade processual. Explicam Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Badaró e Bruno Lopes que “as regras que impõem esses deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes, juízes e auxiliares da Justiça, advogados e membros do Ministério Público) compõem o que se denomina *princípio da lealdade processual*”⁴.

Mais ainda, existindo previsão legal, aplica-se aqui o devido processo legal, sobre o qual diz Maria Elizabeth Queijo: “A observância das garantias do devido processo legal, em qualquer processo, seja de que natureza for, é condição de legitimação da decisão proferida”⁵. Daí se pode concluir também que esses novos direitos dos advogados no processo administrativo do Cade constituem parte integrante do devido processo legal. Não é possível terminar este artigo sem expressar que todos esses direitos dos advogados contribuem para o processo, o bom direito e as boas decisões, seja pelo Poder Judiciário, seja pelo Cade.

⁴ “Teoria Geral do Processo”, Juspodim/Malheiros, São Paulo, 2021, pág. 121

⁵ “Defesa Técnica no Processo Administrativo Sancionador”, em “Direito Administrativo Sancionador”, org. Luiz Maurício Souza Blazeck e Laerte Marzagão Jr, Quartier Latin, São Paulo, 2015, pág. 270

As Escolas de Direito Antitruste:

O que a história revela

Polyanna Vilanova

Catharina Araújo Sá

Ao escrever sobre Direito Antitruste, nos deparamos com uma infinidade de temas. Um dos mais caros se relaciona com as Escolas de Direito Antitruste, por trazer diversas nuances no que se refere aos objetivos e finalidades deste ramo do Direito. É um debate que aborda como o Direito Antitruste é e como deveria ser. Nesse sentido, hoje em dia, muito se fala em superação do antitruste tradicional, principalmente tendo em vista os desafios trazidos pelas famosas *big techs* e o elevado poder econômico que as permeia, por exemplo. Contudo, para entender o que seria a superação do antitruste tradicional, bem como os objetivos deste ramo de estudo, é fundamental revisitar as Escolas de Direito Antitruste.

Tendo em vista as recentes alterações no contexto norte-americano, de elevada preocupação com o poder político-econômico das plataformas digitais, o presente artigo abordará as escolas norte-americanas, por meio da história, buscando demonstrar como cada uma delas foi influenciada pelo contexto em que se inseriu ou se insere.

Na década de 1880, o poder estava concentrado nas mãos de poucos agentes econômicos que atuavam por meio da formação de trustes. Os Estados Unidos passavam por um processo de aumento da produção e as pequenas empresas deram lugar a monopólios e oligopólios, mediante processos de integração vertical e horizontal.¹ Nesse contexto, as discussões sobre a necessidade de combater os trustes e o poder econômico que concentravam ganharam força. Normas como o *Sherman Act* (1890), o *Clayton Act* (1914) e o *FTC Act* (1914) surgiram nesse objetivo de acabar com as grandes concentrações econômicas.

As discussões sobre o combate aos grandes monopólios tiveram influência de uma grande personalidade para o Direito Antitruste: Louis Brandeis, considerado precursor da Escola de Harvard. Com o seu slogan “regulação da competição”, elaborou o Programa antitruste do Governo de *Woodrow Wilson*, denominado “*New Freedom*”, que defendia, dentre outras medidas, o fortalecimento do *Sherman Act* e o combate aos trustes.²

Os ideais de Brandeis, bem como este contexto norte-americano apresentado, influenciaram o surgimento da Escola de Harvard (ou estruturalista), que possuía foco nas estruturas de mercado. Para seus defensores, empresas com poder de mercado podem utilizá-lo para implementar condutas anticoncorrenciais e assim, devem ser evitadas elevadas concentrações, evitando disfunções no mercado.³

Em seus primórdios, não se defendia uma finalidade única para o Direito da Concorrência, mas sim diversas finalidades que coexistiam. Assim, os objetivos poderiam estar relacionados com “a defesa dos pequenos agentes econômicos contra os grandes”, “a proteção da concorrência”, “a proteção do consumidor”, dentre vários outros. Por sua vez, quando ocorresse choque entre os objetivos, o julgador ponderaria sobre qual deveria prevalecer.

¹ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67.

² MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*. Massachusetts: Harvard, 1984. p. 126

³ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 166.

De outra monta, essa visão de múltiplos objetivos já foi arduamente criticada. Para John Wright, por exemplo, o resultado da abordagem “multi-dimensional” do Direito Antitruste trouxe “decisões conflitantes” e “pouca noção se a doutrina antitruste estaria alcançando seus diversos objetivos”.⁴

No extremo oposto dos ideais da Escola de Harvard, surgiu a Escola de Chicago que nasceu com o economista Aaron Director, com a aplicação do *Price Theory* ao antitruste e atingiu seu auge na década de 1980. Essa escola apresenta a análise econômica para o antitruste e defende o menor grau de intervenção possível no que se refere à regulamentação da economia pelo Estado.⁵ Para os defensores dessa escola, as concentrações econômicas e as restrições verticais podem ser justificáveis, pois garantem eficiências econômicas que não poderiam ser alcançadas de outra forma.⁶

No que se refere aos doutrinadores dessa escola, destaca-se Robert Bork e sua obra *The Antitrust Paradox* (1978) que aborda as finalidades do Direito Antitruste. Para ele, a política antitruste apenas pode tornar-se racional ao responder as perguntas: “qual é a finalidade da lei?”, “quais são seus objetivos?”. Na visão de Bork, o objetivo do Direito Antitruste deve ser perseguir o “bem-estar do consumidor”, conceito pautado no paradigma econômico neoclássico de análise com foco em eficiências econômicas.

O conceito de bem-estar do consumidor recebeu diversas críticas dos defensores da Escola Neoestruturalista, como Lina Kahn e Tim Wu, que entendem que o Direito Concorrencial não possui uma finalidade única. Em seu artigo *Amazon's Antitrust Paradox*, Lina Kahn propõe uma expansão das finalidades do Direito Concorrencial e critica a definição de Bork de bem-estar do consumidor, uma vez que não consegue atender os desafios trazidos por novos mercados na economia moderna.⁷

De acordo com Tim Wu, também é necessário repensar a finalidade de proteção do consumidor. Segundo o professor, há dois grupos que visam este objetivo. O primeiro, denominado Escola Pós-Chicago, acredita que este objetivo do bem-estar do consumidor foi mal interpretado ou mal utilizado.⁸ Por sua vez, para o segundo grupo, os Neoestruturalistas ou Neobrandeisianos, o objetivo correto do antitruste foi perdido. Os neoestruturalistas defendem que o problema da análise antitruste não é relacionado à economia, mas sim à lei, uma vez que houve falha ao entender a intenção do legislador e, por essa razão, necessário resgatar o real objetivo da lei antitruste.⁹ Tim Wu é um dos críticos da interpretação das leis antitruste norte-americanas. Para ele, o antitruste possui vários objetivos e cabe ao Judiciário ponderar qual deve prevalecer quando ocorrer choque entre os valores.¹⁰

⁴ WRIGHT, Joshua. The dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. *George Mason Law & Economics Research Paper* No. 18-29, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249524. Acesso em 03.05.2022. p. 8.

⁵ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 169.

⁶ BECKER, Bruno Bastos; MATTIUZZO, Marcela. Plataformas Digitais e a Superação do Antitruste Tradicional: Mapeamento do Debate Atual. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva (org.). *Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30031/Defesa%20da%20Concorrência%20em%20Plataformas%20Digitais.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. p. 48.

⁷ KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, n. 710, 2017. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyyeh.pdf. Acesso em 10.05.2022.

⁸ WU, Tim. After Consumer Welfare, Now What? The ‘Protection of Competition Standard’ in Practice. *The Journal of the Competition Policy International*, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173. Acesso em: 09.05.2021. p. 2.

⁹ *Ibidem*, p. 5.

¹⁰ *Ibidem*, p. 6.

Assim, os neoestruturalistas apresentam ideias de reformas, principalmente dentro do contexto dos mercados digitais, sob a alegação de que o paradigma neoclássico de análise antitruste não é suficiente para abarcar todos os desafios concorrenciais trazidos por estes mercados inovadores. Ou seja, defendem uma necessidade de afastamento de fundamentos econômicos, mas uma aproximação aos fundamentos políticos.

Do mesmo modo que os defensores da Escola de Chicago recebem críticas quanto à uma limitação do conceito de bem-estar do consumidor, pautado exclusivamente em eficiências econômicas, os neobrandeisianos também recebem críticas, principalmente considerando que a suposição trazida pela Escola Neoestruturalista de que os indivíduos estariam melhores em um mundo com empresas menores e preços mais altos ainda não foi testada.¹¹

Diante do quanto exposto, é evidente que a pergunta de qual deve ser a finalidade do Direito Antitruste é bastante complexa. O que se sabe é que, ao menos atualmente, as análises antitrustes são pautadas, em sua maioria, no paradigma de análise neoclássico. Ademais, fato é que apesar de no Direito Concorrencial, e em vários outros ramos do Direito, termos uma análise muito pautada em olhar para modelos de fora, é preciso considerar a realidade de um país emergente como o Brasil e ainda mais do que isso: é preciso lembrar que o Direito Antitruste não é solução para todos os problemas.¹²

¹¹ HOVENKAMP, Herbert J. Is antitrust's consumer welfare principle imperiled? *Faculty Scholarship at Penn Law*, 1985, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985/. Acesso em 17.04.2022. p. 103.

¹² CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. *Os objetivos do Direito Antitruste: 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 04.05.2022.

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.¹

Inclusive, logo após tomar posse na presidência da autarquia antitruste, Alexandre Cordeiro, em entrevista ao Jota, 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.²

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*³ 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

¹ 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.

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

³ 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>

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 impactos na dinâmica do mercado comum europeu⁴. 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”⁵. 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 oportunidades⁶, 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.

Nesse íterim, 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.⁷

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

⁴ 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.

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

⁶ 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.

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

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 possam produzir danos à concorrência, uma vez que a prática de sonegação fiscal reiterada, referida como “macrodelinquência tributária reiterada”⁸, 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 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.

⁸ 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.

De Montesquieu a Boushay:

Qual é o papel das leis nas sociedades capitalistas?

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Qual é o papel das leis nas sociedades capitalistas e como o teor das leis criadas pelo Parlamento podem influenciar na construção de uma sociedade mais ou menos desigual? Por quê há países mais iguais e outros com uma desigualdade social, cultural e econômica extrema? O que o teor das leis tem a ver com isso?

Sabe-se que o regime capitalista, fruto da Revolução de 1789 na França, teve seus primeiros firmes passos dados com a promulgação da Lei dos 2 -17 de março de 1791, cujo teor assegurou a liberdade do comércio e da indústria. Georges Ripert narra que “o legislador não entendia declarar apenas um princípio; queria destruir alguma coisa”¹, destruir o regime antigo e, para isso, o papel da lei foi fundamental para assegurar “[a] propriedade individual, livre e sagrada, a convenção livremente formada e tendo foros de lei, como as duas bases que vão permitir a criação da nova ordem”².

Para essa breve reflexão, voltamos a origem da estruturação do poder e vemos que Montesquieu, em “[o] espírito das leis” ao propor a teoria dos três poderes desenhou o exercício das atividades do Estado em três poderes: Legislativo, Judiciário e Executivo, cujas funções principais seriam a de criar regras de conduta, julgar os conflitos de interesses e administrar o Estado, respectivamente, tudo em observância as leis vigentes em cada espaço temporal.

Em toda a sua narrativa, o filósofo francês do século XVII (1689-1755) registra grande preocupação com a desigualdade social, denotando o importantíssimo papel que o legislador tem para não só criar regras de condutas, mas para pautar-se pela justiça e igualdade no desenvolvimento de sua atividade fim, para o bem da democracia.

Dois exemplos ilustram bem a preocupação do filósofo com a igualdade que deveria reger as leis criadas. Ao tratar da divisão igualitária de terras pelos antigos legisladores Licurgo e Rômulo, Montesquieu asseverou que “se quando o legislador efetuar tal divisão, ele não criar leis para mantê-la, não terá feito mais do que uma constituição passageira; a desigualdade entrará pelo lado que as leis não tiverem protegido e a república estará perdida.”³ (g.n)

Em outra passagem, Montesquieu aduz que:

assim como a igualdade das riquezas mantém a frugalidade, a frugalidade mantém a igualdade das riquezas. Estas coisas, embora diferentes, são tais que não podem subsistir uma sem a outra; cada qual é a causa e o efeito, e quando uma delas é retirada da democracia e outra sempre a segue.

É verdade que quando a democracia está baseada no comércio pode muito bem acontecer que alguns particulares possuam grandes riquezas e os costumes não estejam corrompidos. É que o espírito do comércio traz consigo o espírito da frugalidade, de economia, de moderação, de trabalho, de sabedoria, de tranquilidade, de ordem e de regra. Assim, enquanto subsiste este espírito, as riquezas que ele produz não têm nenhum mau efeito. **O mal acontece quando o excesso das riquezas destrói este espírito de comércio; assistimos subitamente ao nascimento das desordens da desigualdade, que ainda não haviam aparecido.**

¹ RIPERT, Georges. **Aspectos jurídicos do capitalismo moderno**. São Paulo: AM2 Editora, 2021, p. 25.

² *Idem*.

³ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 56.

“...falta muito para que o mundo inteligente seja tão bem governado quanto o mundo físico. Pois, embora aquele também possua leis que, por sua natureza, são invariáveis, ele não obedece a elas com a mesma constância com a qual o mundo físico obedece as suas. A razão disto é que os seres particulares inteligentes são limitados por sua natureza e, portanto, sujeitos ao erro; e, por outro lado, é de sua natureza que eles atuem por si mesmos. Eles não obedecem, portanto, suas leis primitivas; e aquelas mesmas leis que dão a si mesmos, não obedecem a elas sempre.”⁴

Nessa toada, cerca de um século mais tarde, outro francês Claude Frédéric Bastiat, ao escrever a obra “A lei” (1850) tratou da mesma preocupação de Montesquieu ao aduzir que “*a perversão da lei causa conflito*” e que se “*desviada de seu propósito, ela pode violar os direitos de propriedade em vez de garanti-los, então, qualquer pessoa querará participar fazendo leis, seja para proteger a si próprio contra a espoliação, seja para espoliar os outros.*”⁵

É fato que 170 anos após Bastiat, Heather Boushey no livro *Unbound: How Inequality Constricts Our Economy and What We Can Do About it* torna ao mesmo ponto para chamar à atenção de que “*a desigualdade obstrui o crescimento econômico e a regular dinâmica dos mercados*”⁶.

Desse modo, a arquitetura jurídica dos mercados como um produto de criação das leis e das reais forças de poder influenciam diretamente na maior ou menor desigualdade social, cultural e econômica de um país, cabendo aos *policymakers* a criação de leis e políticas públicas que possam produzir maior igualdade entre os indivíduos, não só por uma questão humanitária, mas também por uma questão estratégica de país, na medida em que quanto mais pessoas capacitadas puderem produzir riqueza, maior será o resultado para o crescimento do país e para a melhora de sua condição de país em desenvolvimento para país, de fato, desenvolvido.

Sobre esse ponto, Heather Boushay diz que

“a desigualdade obstrui o crescimento econômico e a regular dinâmica dos mercados” e que “a extrema desigualdade que estamos vivenciando é decorrência da subversão das instituições públicas, de forma que o *policymaking process* necessário para dar apoio à economia foi afastado do interesse público e direcionado para promover o *rent seeking* de agentes econômicos privilegiados, permitindo-lhes obter mais lucros e rendas do que conseguiriam em um mercado realmente competitivo”⁷.

Desse modo, as leis que beneficiam, desmedidamente, mais o capital que o trabalho, sob a escusa de que é preciso “crescer o bolo para depois dividi-lo”, como concessão de benefícios fiscais, desonerações e financiamentos para grandes grupos econômicos detentores do capital precisam ser repensadas pelos nossos legisladores para que a real “liberdade econômica” tanto defendida possa ser, de

⁴ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12.

⁵ BASTIAT, Claude Frédéric. *A lei*. 3. Ed. São Paulo: Ludwig, von Mises Brasil, 2010, p. 18.

⁶ FRAZÃO, Ana. *Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados: o que ainda temos a aprender com o livro de Heather Boushey, especialmente diante do cenário de crise da Covid 19*. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/novas-perspectivas-para-a-regulacao-juridica-dos-mercados-parte-vi-08042020> em 11/05/2022.

⁷ BOUSHEY, Heather. *Unbound: How Inequality Constricts Our Economy and What We Can Do About it*. Cambridge: Harvard University Press, 2019, p. 85-86.

fato, implementada. Liberdade econômica com subvenções do Estado não traduz o conceito da “liberdade” que se postula.

Por outro lado, educar o seu povo não é só uma questão de justiça, mas também de estratégia de país para que os cidadãos brasileiros possam melhor contribuir para o crescimento do PIB do país.

Seja por Montesquieu, Bastiat, Ripert ou Boushay é fato que ao longo dos séculos, desde o surgimento do capitalismo como uma nova ordem econômica, os autores identificam que o conteúdo da lei é fundamental para gerar uma sociedade mais igual, social, cultural e economicamente e, portanto, as práticas de *rent seeking* e *logrolling*, devem ser evitadas ou, minimamente, balanceadas para que a lei possa exercer, de fato, a sua grande função que é a de produzir normas de conduta abstratas e gerais beneficiando a todos os seus cidadãos e não só a parcela mais rica da sociedade, detentora das reais forças de poder. A reflexão que se propõe, pois, é a de que pensemos, sobre o papel das leis e de seu conteúdo.

A democracia equilibrista e o Estado de (não) Direito: A fábula de Esopo com o javali, o cavalo e o caçador

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

As democracias são sempre frágeis¹, podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder² e a sua erosão é, para muitos, quase imperceptível.³

A democracia é dinâmica, é diária, é dialética. Exige um esforço hercúleo de autocontrole dos Poderes, demanda harmonia, independência, serenidade, responsabilidade, respeito irrestrito ao desenho institucional de atribuições de competências feito pelo legislador constituinte, reclama bom senso, razão, sabedoria.

A democracia se assemelha a um equilibrista e o seu exercício implora pelo desempenho nos estritos limites da legalidade dos três Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário –. Não permite excessos, abusos de poder, rompantes autocráticos. E, assim como um equilibrista, a democracia precisa caminhar diariamente pela corda bamba, com atenção, com vagar, com habilidade própria. Se assemelha ao tormento de Sísifo e de sua luta incansável para colocar “todo o esforço de um corpo tenso ao erguer a pedra enorme, empurrá-la e ajudá-la a subir uma ladeira cem vezes recomeçada”.⁴ A autocontenção é diária porque o poder inebria, consome, embaralha as ideias, corrompe.

Esopo, escritor da Grécia Antiga (620 a.C a 564 a.C) em sua sabedoria nata narrou a fábula sobre “O javali, o cavalo e o caçador” que bem demonstram a sedução e o arrebatamento do “poder” sobre a natureza humana.

Surgira uma séria disputa entre o cavalo e o javali; então, o cavalo foi a um caçador e pediu ajuda para se vingar. O caçador concordou, mas disse: ‘Se deseja derrotar o javali, você deve permitir que eu ponha esta peça de ferro entre as suas mandíbulas, para que possa guiá-lo com estas rédeas, e que coloque esta sela nas suas costas, para que possa me manter firme enquanto seguimos o inimigo’. O cavalo aceitou as condições e o caçador logo o selou e bridou. Assim, com a ajuda do caçador, o cavalo logo venceu o javali, e então disse: ‘Agora, desça e retire essas coisas da minha boca e das minhas costas’. ‘Não tão rápido, amigo’, disse o caçador. ‘Eu o tenho sob minhas rédeas e esporas, e por enquanto prefiro mantê-lo assim’.⁵

O enevoamento provocado pelo poder e pela possibilidade e probabilidade de seu abuso é da natureza humana. Mas, como controlá-lo? Encontrar esses limites não é tarefa fácil. A primeira

¹ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 13.

² *Idem*, p. 15.

³ *Idem*, p. 17.

⁴ CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. Tradução: Ari Roitman e Paulina Watch. 9. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017, p. 122.

⁵ Esopo (620 a.C. – 564 a.C.), escritor da Grécia Antiga, foi o responsável pela criação e divulgação do gênero literário.

Constituição brasileira de 1824 previu o Poder Moderador em seu artigo 98⁶, entendido como a chave de toda a organização política, delegado ao Imperador, com o objetivo de se alcançar a independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais poderes políticos, tendo sido extinto logo após a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889.

A partir desse momento histórico, as Constituições brasileiras passaram a adotar a Teoria da Separação dos Poderes, também conhecida como sistema de freios e contrapesos (*checks and balances systems*) consagrada por Montesquieu, em sua obra, “O Espírito das Leis”, a partir dos ensinamentos deixados por Aristóteles (Política) e John Locke (Segundo Tratado do Governo Civil). O art. 2º da Constituição Federal de 1988 prevê que “[s]ão poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O cerne do sistema de freios e contrapesos está em que cada poder seja autônomo e exerça a sua função típica nos limites de suas atribuições constitucionais. Para contrabalancear cada poder, sobretudo, apoiado na ideia de que só o poder controla o poder, a própria Constituição prevê o exercício das funções atípicas por cada um dos Poderes, controlando-se uns aos outros. Essa é a grande chave para o sucesso das democracias. Com a adoção dessa teoria, Montesquieu defendia que seriam evitados governos absolutistas, de modo que a teoria da separação dos poderes é princípio básico de organização da maioria dos Estados democráticos. De igual modo, J.J. Gomes Canotilho diz que “[e]stado de direito é a da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante esses poderes”.⁷

A grande preocupação é, pois, a estabilidade do poder. Se, de um lado, a independência e a harmonia dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário)⁸ são a chave para o sucesso da democracia, encontrar esse equilíbrio, na prática, apresenta-se como uma tarefa mais árdua do que se possa imaginar.

Levitsky & Ziblatt, ao escreverem o *best-seller* “Como as democracias morrem” chamam à atenção de como as democracias estão sendo enfraquecidas em dezenas de países – e de modo perfeitamente legal, com a utilização do próprio Direito, do mesmo modo em que ocorreu no nazifascismo alemão praticado sob a égide da República de Weimer de 1919, a primeira Constituição democrática alemã.

Georges Abboud registra que

“[d]urante o regime Nacional-Socialista, o direito produzido democraticamente foi manejado para fins diversos, subordinado aos interesses do partido de Hitler e à sua agenda genocida e autoritária. Ao contrário do que se imagina, o sangue derramado não se deu sob o império cego das leis positivistas. As ferramentas de degeneração agiram de forma escamoteada, tendo, nas decisões judiciais sem limites, o instrumento de consolidação daquele projeto político totalitário.”⁹

Entre a ditadura e a democracia, há uma distância. Entre o Estado de Direito e o Estado de não Direito também há. Em ambos os casos, trata-se de dois pontos de uma mesma reta e o Estado será mais

⁶ **Art. 98, Constituição de 1824.** O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. Estado de Direito, p. 3.

⁸ Art. 2º, CRFB/1988. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁹ ABOUD, Georges. Direito Constitucional Pós-Moderno. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 37.

democrático ou mais ditatorial, conforme uma confluência de fatores externos, sobretudo, como os Três Poderes exercem as suas competências e reconhecem seus limites.

Nesse ponto, registre-se que “[o] não direito não é a funcionalização da barbárie. O não direito produz a barbárie sob o signo do direito, mediante corrupção e apodrecimento de suas instituições.”¹⁰ Além disso, “[p]reservar o direito, encará-lo como um produto democrático pelo qual todos temos de zelar, é preservar, sempre, a democracia em si mesma.”¹¹

O direito precisa ser preservado da degeneração. E a degeneração do direito não significa somente que novas leis – autocráticas – serão publicadas ou que uma nova ditadura virá por decreto como ocorreu na história brasileira em 1964 com o Ato Institucional nº 5. A sutileza está na interpretação e na aplicação das leis tidas como “legais”. É preciso separar o Estado de Direito do Estado de não-Direito e não permitir que não-direitos sejam produzidos sob a maquiagem de um Estado de Direito. Estejamos ainda mais atentos.

¹⁰ *Idem*, p. 109.

¹¹ *Idem*, p.36.

As Verdades e os Mitos da Marca e Qualidade no Mercado de Combustíveis Brasileiros

Rodrigo Zingales Oller do Nascimento

Quando vamos a um restaurante, não perguntamos ao garçom a marca do sal ou do açúcar consumido? No entanto, quando vamos ao supermercado costumamos pagar mais caro pelo sal e açúcar de marcas mais renomadas, como, por exemplo, o sal Cisne ou o açúcar União.

No mesmo sentido, usualmente há uma tendência maior dos consumidores de optarem por abastecer os veículos em um posto de bandeiras renomadas como Shell, Ipiranga ou BR, mesmo que para isso acabam pagando dez, vinte ou trinta centavos mais caro pelo litro de combustível, se comparado com os preços praticados por postos de marca própria (bandeira branca) ou de “marcas” menos conhecidas.

Qual a razão para termos esse comportamento?

Akerlof foi um dos primeiros a estudar e explicar esse comportamento dos consumidores em seu artigo *"The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism"*¹, denominando-o de "seleção adversa".

Resumidamente, segundo o autor, a seleção adversa ocorre em mercados onde existe grande "assimetria informacional" entre ofertantes e demandantes quanto à qualidade do bem comercializado e adquirido. Essa assimetria informacional é usualmente verificada em bens homogêneos e de experimentação, como são o açúcar, o sal, a gasolina, o etanol e o diesel, exatamente porque a qualidade desses bens somente é verificada após a sua aquisição e o seu consumo.

Note-se que em bens homogêneos, suas características físico-químicas tendem a ser as mesmas ou muito similares, a não ser que haja uma "desonestidade" por parte do ofertante, conforme destaca Akerlof, e que pode ser refletida, por exemplo, a partir da "adulteração" de suas características físico-químicas regulares.

Uma das soluções trazidas pelo autor para esse problema de ofertantes "desonestos" seria o investimento na reputação da marca do bem ("*brand-name good*"²), pelos seus ofertantes “honestos”.

Por esta razão, o açúcar União, o sal Cisne e as distribuidoras BR, Ipiranga e Raízen / Shell investem montanhas de dinheiro na divulgação de suas marcas e sempre visando chamar a atenção dos consumidores para a "qualidade" de seus produtos.

No entanto, deve-se aqui indagar se realmente essas marcas ofertam produtos de melhor qualidade ou se sua reputação é apenas fruto de seu maior poder econômico para investir em propaganda "reputacional"?

No caso específico dos combustíveis, é um fato que praticamente desde a abertura do mercado brasileiro a distribuidoras e postos bandeira própria (ou bandeira branca), verificou-se uma forte tendência de os consumidores enxergarem esses postos com certa suspeita e optarem por adquirir

¹ Disponível em <<http://www.data.unibg.it/dati/corsi/8906/37702-Akerlof%20-%20Market%20for%20lemons.pdf>>. Acessado em 25.05.21. Observe que o termo "lemons" utilizado por Akerlof em seu artigo refere-se a carros usados com problemas, que no vernáculo seria traduzido como um "abacaxi".

² O autor ainda cita como possíveis soluções para este problema da "desonestidade": (i) a concessão de "garantias" pelo fornecedor do produto; (ii) estruturas de "redes" / "licenciamentos" (genericamente conhecidas como franquias); e, ainda, (iii) organizações certificadoras. *Op. cit.* p. 13 e 14.

combustíveis em postos de marcas mais bem estabelecidas reputacionalmente, como BR, Ipiranga ou Shell.

Segundo dados divulgados pela ANP no "Diagnóstico da Concorrência na Distribuição e Revenda de Combustíveis, 2ª Edição, 2020"³, percebemos, contudo, uma certa tendência de alteração desse hábito dos consumidores brasileiros.

Nesse contexto, vale citar, por exemplo, que segundo a ANP a participação conjunta das três principais distribuidoras do país (BR, Ipiranga e Raízen/Shell) na comercialização de gasolina C no mercado brasileiro, em 2014, correspondia a aproximadamente 68,67 da oferta total; já, em 2019, essa participação conjunta estaria em torno de 63,25%⁴. Ou seja, durante esse período, houve uma migração no consumo de combustíveis para redes de distribuidoras menores ou para postos bandeira própria superior a 5 pontos percentuais.

Este mesmo fenômeno também foi constatado no caso do etanol hidratado, onde a participação conjunta das três principais distribuidoras do país passou de 58,4%, em 2014, para 53,52%⁵; e, ainda, do óleo diesel, onde esta participação conjunta passou de 78,81%, em 2014, para 71,03%, em 2019⁶.

Esta migração de demanda de combustíveis ofertados pelos postos bandeirados para aqueles de bandeira própria (ou de marcas menos conhecidas) pode ser explicada por duas razões principais cumulativas e que não possuem qualquer relação com a melhoria na qualidade dos combustíveis ofertados por esses últimos.

A primeira delas decorre da recessão econômica iniciada a partir de 2014 e que apenas se agravou com a Pandemia da COVID-19. Com efeito, esta recessão acarretou uma considerável perda de renda para a maioria da população brasileira, obrigando uma revisão considerável de seus gastos e consequentemente de suas preferências de consumo. Nesse contexto, parte dos consumidores passou a “experimentar” produtos mais baratos e que antes dessa recessão não se encontravam dentre aqueles de sua primeira opção. Os combustíveis ofertados por postos de bandeira própria ou de marcas menos conhecidas se enquadram nesse conceito de “produto mais barato”.

A segunda explicação, que se encontra diretamente relacionada à primeira, resume-se exatamente à elevação no nível de “experimentação” dos combustíveis ofertados por postos de bandeira própria ou bandeira de menor reputação. A partir dessa maior experimentação, os consumidores passaram a perceber que referidos postos, em sua maioria, comercializam combustíveis de qualidade igual àquela dos postos das principais bandeiras, porém com preços mais baixos. Ou seja, o mito de que haveria diferenciação na qualidade caiu ou passou a ser mitigado entre esses consumidores.

De fato, a grande maioria dos consumidores desconhece que a Resolução ANP nº 807/20⁷ classifica os diferentes tipos de combustíveis líquidos ofertados no país como: "comuns", "aditivados" e

³ Disponível em <<https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/livros-e-revistas/arquivos/diagnostico-sdc-2020.pdf>>. Acessado em 25.05.21.

⁴ Observa-se que a participação da Distribuidora Alesat, quarta colocada, também sofreu uma queda no período, passando de 5,76%, em 2014, para 4,20%, em 2019, o que reforça o argumento apresentado acima. *Op. cit.* p. 46,

⁵ *Op. cit.* p. 55.

⁶ *Op. cit.* p. 64.

⁷ Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-807-de-23-de-janeiro-de-2020-239635261>>. Acessado em 25.05.21.

"premium" e que os diferencia segundo o nível mínimo de octanagem ou a inclusão de aditivo em sua mistura⁸.

Segundo esta resolução, a gasolina "comum" se diferencia daquela "premium", em razão, principalmente, do nível mínimo de octanagem ("IAD" – Índice Antidetonante): comum 87; e *premium* 91⁹. Já, o que diferencia a gasolina "aditivada" da "comum" seria apenas a inclusão na primeira de um "aditivo", cujo função seria auxiliar a limpeza do motor e de seus componentes, com o objetivo de garantir uma melhor eficiência funcional¹⁰.

Assim, seguindo a lógica da regulação atualmente em vigor, não haveria distinção entre a gasolina comum comercializada por distribuidoras bandeiradas ou sem bandeira, de grande ou pequeno porte.

Nesse mercado, há ainda comentários no sentido de os combustíveis (gasolina A e diesel A), produzidos pelas refinarias da Petrobras e conhecidos como "combustíveis de bombeio", serem de melhor qualidade do que aqueles produzidos por outras refinarias, petroquímicas ou importados.

Esta diferenciação de qualidade não se encontra especificada nas normas editadas pela ANP, razão pela qual não haveria razão para acreditar que esses comentários teriam algum fundo de verdade.

No entanto, se for tecnicamente confirmado que os combustíveis produzidos e ofertados pelas refinarias da Petrobras são de melhor qualidade, é indispensável que a ANP reveja imediatamente a sua regulação que trata da qualidade dos combustíveis para que esta diferenciação esteja corretamente contemplada, além de divulgar amplamente essa diferenciação a todos os atores desse mercado (distribuidoras, revendedores e consumidores).

Também é fundamental que seja alterada a regulamentação da ANP sobre as informações da origem dos combustíveis comercializados pelos postos, com o objetivo de constar nas bombas e placas, não mais o nome da distribuidora que forneceu o combustível, mas, sim, o nome do produtor ou do importador que vendeu a gasolina A ou o diesel A, utilizado pela distribuidora na mistura que gerou a gasolina C ou o diesel B comercializado aos consumidores finais pelo posto revendedor. Ressalte-se, nesse sentido, que no caso da gasolina C e do diesel B comuns, a função principal da distribuidora é a realização da mistura de gasolina A com o etanol anidro; e do diesel A com o biodiesel. No caso do etanol hidratado, a distribuidora sequer exerce essa atividade, sendo mera intermediária entre produtor e posto revendedor.

Outra informação relevante que merece ser destacada nesse artigo e amplamente divulgada aos consumidores, refere-se ao fato de as três principais distribuidoras do país também serem as principais ofertantes de gasolina, diesel e etanol comum para postos bandeira própria (bandeira branca), os quais muitas vezes adquirem esses combustíveis junto a essas distribuidoras por preços mais baixos do que aqueles pagos pelos postos que ostentam suas marcas, conforme dados disponibilizados pela ANP até junho de 2020.

⁸ Sobre a diferença de qualidade entre gasolina comum, aditivada e *premium*, recomendo a leitura desse artigo: https://www.economist.com/babbage/2012/09/17/difference-engine-who-needs-premium?utm_medium=cpc.adword.pd&utm_source=google&utm_campaign=a.22brand_pmax&utm_content=conversion.direct-response.anonymous&gclid=CjwKCAjwCtCVBhA0EiwAT1fY70y9TWGs9xMJLmQni8ocRHaSq8k6oWVPDLXvHAslDbzN2MLTOv98tBoCAncQAvD_BwE&gclidsrc=aw.ds

⁹ Vide ainda informações prestadas pela Petrobras em: <<https://petrobras.com.br/fatos-e-dados/entenda-10-questoes-sobre-a-nossa-gasolina.htm>>. Disponível em 25.05.21.

¹⁰ Sobre aditivo, vide, por exemplo, explicação resumida constante no "Blog Bardhal", disponível em <<https://blog.bardahl.com.br/entenda-a-diferenca-entre-o-aditivo-vendido-em-frasco-e-a-gasolina-aditivada/>>. Acessado em 25.05.21.

A principal razão para as três principais distribuidoras bandeiradas do país serem as principais fornecedoras dos postos bandeira própria (ou bandeira branca) está na ausência de uma concorrência efetiva no elo da distribuição, na maioria dos estados da Federação.

Esta ausência de concorrência tem relação direta com o fato de as três principais distribuidoras bandeiradas do país controlarem e compartilharem entre si a maioria das bases primárias e secundárias de distribuição instaladas; e, ainda, em decorrência da política de cotas de fornecimento de gasolina A e diesel A, definida pela Petrobras e baseada nas vendas pretéritas de cada distribuidora. A partir dessa política, a Petrobras aloca cotas máximas a cada distribuidora, definindo multas elevadas caso a distribuidora não cumpra com o volume de combustível solicitado, seja demandando volumes inferiores ou superiores àqueles previamente solicitados e definidos na cota determinada. Este modelo de cotas acaba gerando desincentivos para distribuidoras menores elevarem sua oferta de combustíveis no mercado doméstico e, conseqüentemente, reduzirem drasticamente seus preços para ganhar mercado. Afinal, quase 50% dos postos instalados no país estão sob contratos de embandeiramento e nos 50% há forte concorrência das principais distribuidoras bandeiradas, conforme explicamos a seguir.

Em relação à cobrança de preços mais baixos a postos bandeira própria (bandeira branca), do que aos postos contratualmente vinculados às principais distribuidoras bandeiradas do país, a justificativa econômica está exatamente nesses contratos e em seu efeito prático de monopólio sobre a oferta e demanda de combustível junto a esses postos.

Ou seja, ao celebrar um contrato de “embandeiramento” com uma distribuidora, o revendedor se compromete também a comercializar apenas combustíveis fornecidos por essa distribuidora. Assim, como a maioria desses contratos não traz um preço definido ou definível e essas distribuidoras bandeiradas não têm qualquer obrigação legal ou infralegal de divulgar sua política de preços e descontos – diferentemente do que ocorre com a Petrobras e os postos revendedores –, acabam detendo o monopólio sobre esses postos e o direito de cobrar destes os preços que bem entenderem.

Já, no caso dos postos bandeira própria (bandeira branca), esse vínculo contratual inexistente. Isso significa que, em relação a esses postos, as distribuidoras bandeiradas concorrem entre si – e com outras distribuidoras bandeiradas ou não de menor porte, quando presentes no mercado local / regional – pelo fornecimento de combustíveis, sendo, portanto, obrigadas a cobrar preços mais baixos para tê-los como clientes.

Reitera-se que o combustível comum ofertado pelas distribuidoras, bandeiradas ou não, de grande ou pequeno porte, aos postos revendedores, bandeirados ou não, é o mesmo segundo a Resolução ANP nº 807/20. Assim, não haveria razão, do ponto de vista das características físico-químicas e de qualidade para as distribuidoras bandeiradas cobrarem cinco, dez, quinze ou vinte centavos mais caro pelo litro de combustível adquirido por um posto bandeirado, só porque este ostenta a sua marca. O mesmo vale em relação aos consumidores quando optam por abastecer em postos bandeirados.

Esta conclusão não é, contudo, válida para o caso dos combustíveis “aditivados” e “*premium*”, os quais possuem uma certa tecnologia desenvolvida ou adquirida pelas distribuidoras que os “produzem” ou comercializam. Tanto isso é verdade que, nos Estados Unidos da América, a exclusividade de fornecimento de combustíveis somente é aplicada para os combustíveis “*premium*” e “aditivados”, sendo aqueles “comuns” considerados como verdadeira commodity, podendo o proprietário do posto, bandeirado ou não, adquiri-lo de qualquer refinaria – ou distribuidora –, independentemente da marca que ostenta¹¹. Este poderia ser um bom exemplo a ser seguido pela ANP, em sua regulamentação, com o objetivo de baratear os preços dos combustíveis no país e incentivar o desenvolvimento, por refinarias, petroquímicas e distribuidoras, de combustíveis “*premium*” ou “aditivados” cuja qualidade tenderá a ser

¹¹ Vide, por exemplo: <<https://kendrickoil.com/the-differences-between-branded-vs-unbranded-fuel/>>. Acessado em 25.05.21.

superior àquelas da gasolina e do diesel comuns, dependendo das características do veículo e recomendações de seu fabricante

Regulação, Efeitos da Pandemia da Covid19 e Reajuste dos Planos de Saúde no Brasil¹

Sandro Leal Alves

A importância dos Preços e dos Incentivos

Em economia, os preços são mecanismos de sinalização para que os agentes econômicos ajustem os seus comportamentos no mercado. É o mecanismo de preços que regula as interações entre quem compra e quem vende. Com exceção das denominadas falhas de mercado, o mecanismo de preços leva ao maior bem-estar social com a maior eficiência econômica possível. Esse conhecimento vem sendo desenvolvido desde os economistas clássicos, como Adam Smith², na sua célebre *mão invisível* do mercado segundo a qual em uma economia livre e sem interferência, ela se autorregula de forma automática como se houvesse uma mão invisível guiando os agentes econômicos em suas decisões de produção e consumo.³ Uma espécie de leiloeiro walrasiano ajustaria os preços para eliminar os excessos de demanda ou de oferta.

Os tempos são outros e que a economia descrita por Adam Smith no séc. XVII é completamente diferente. Não obstante, suas referências de equilíbrio de mercado e de incentivos ainda permanecem atuais por se referirem à natureza humana e de como a busca por seus interesses próprios levam a um equilíbrio entre produtores e demandantes no sistema de mercado. A ciência econômica evoluiu muito desde os tempos de Adam Smith e descobrimos que nem todos os setores da economia funcionam como um sistema de concorrência perfeita, com informações completas e equilibradas, sem poder de mercado ou externalidades. Ao contrário, falhas de mercado têm sido verificadas e impedem alguns setores de atingirem o máximo de bem-estar social possível. A teoria da *Public Choice* não nos deixa esquecer de que reguladores também possuem incentivos e interesses. A regulação não surge no vácuo. Em apertada síntese, há o reconhecimento de que tanto agentes econômicos do mercado quando do governo buscam a satisfação do seu interesse próprio.

Os economistas compreendem que alguns mercados não funcionam perfeitamente e que precisam de regulações. No entanto, a identificação, a magnitude das falhas e os instrumentos a serem utilizados para a correção é tema de constante debate. Nos anos 1990, a criação do modelo de agências reguladoras surgiu para regular antigos monopólios naturais estatais que passaram a ser operados pelo setor privado. O Estado Provedor deu lugar ao Estado Regulador. No Brasil não foi diferente com a criação das agências. As agências de saúde, ANS e ANVISA, diferente das demais, não surgiram para regular antigos monopólios. Ao contrário, sua natureza regulatória é frequentemente justificada como um controle das falhas de mercado associadas às assimetrias de informação.

A Economia da Saúde e do Seguro/Plano de Saúde

O setor de saúde é diferente dos demais setores econômicos na medida em que a informação é geralmente assimétrica entre as partes. As diferenças e especificidades da saúde, e suas consequências para o funcionamento do mercado e bem-estar, foram identificadas desde a década de 60 com o trabalho

¹ Este artigo expressa a opinião do autor.

² Smith, A (1776) “A Riqueza das Nações” Ed. Condensada. Folha de São Paulo. Coleção Folha Livros que Mudaram o Mundo.

³ Outra grande contribuição de Adam Smith tem a ver com incentivos quando ele em outra célebre frase diz que “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que ele tem pelos próprios interesses.

do economista Kenneth Arrow,⁴ responsável pela criação da chamada economia da saúde. As relações de troca no mercado de saúde são caracterizadas por assimetria de informação entre o médico e o paciente, o médico e a operadora e assim por diante, ao longo de uma extensa cadeia produtiva que atualmente contribui com 9,6% do PIB, considerando tanto o setor público quanto privado.⁵

Ao contrário de outros segmentos da economia, o consumo de produtos e serviços de saúde se caracteriza pela dissociação entre consumidor final e o agente responsável pela indicação terapêutica. Na presença de um terceiro-pagador, ou seja, um plano de saúde, quem escolhe os serviços a serem consumidos no tratamento não é quem paga. Há prevalência de ampla incerteza em relação à quando e o que utilizar nos momentos de adoecimento.

Individualmente, não temos como saber exatamente quais enfermidades estamos expostos pois risco individual é de difícil mensuração e aleatório. No entanto, o risco coletivo é possível de se medir com a utilização da teoria das probabilidades e, particularmente, da conhecida Lei dos Grandes Números segundo a qual, quanto maior o número de pessoas com características homogêneas em determinado grupo de risco, maior a capacidade preditiva das técnicas estatísticas e atuariais para poder estimar o “custo do risco”, ou seja, a probabilidade com que eventos incertos e aleatórios se distribuem em uma população. Com o uso dessas técnicas, é possível se estimar, com certa margem de erro, o prêmio do seguro.

A teoria microeconômica estabelece que os indivíduos avessos ao risco optam por adquirir seguro para reduzir a incerteza associada à incidência de doenças e ao custo financeiros que elas ocasionam. Preferem incorrer em um pagamento fixo com alto grau de certeza do que ter que desembolsar altos valores no caso de uma internação, por exemplo. Isso explica a demanda por seguros e planos de saúde individuais. Pelo lado da demanda coletiva, ou seja, das empresas contratantes, a explicação é diferente. As firmas demandam seguros e planos de saúde para manter sua mão de obra produtiva, saudável e como diferencial competitivo no mercado.

A assimetria de informações no mercado de saúde suplementar é responsável por problemas de risco moral e seleção adversa. No primeiro caso, o consumidor passa a consumir mais serviços do que consumiria caso não tivesse um plano de saúde. Ou então, ele passa a ser menos cauteloso com suas atividades diárias alterando a probabilidade de utilização dos serviços de saúde. É um típico problema de agente-principal bastante conhecido na economia dos contratos. Como o custo do monitoramento muitas vezes é proibitivo, algum compartilhamento de riscos é necessário para tornar esse contrato mais eficiente.

No segundo caso, da seleção adversa, a precificação e o desenho do produto desempenham papel fundamental. Se a operadora de planos de saúde estabelecer um preço baseado no risco médio de uma população, vai acabar selecionando “adversamente” os indivíduos que mais utilizam serviços de saúde, elevando o custo médio. Esse processo se repete, elevando custos em espiral e resultando na saída dos indivíduos de baixo risco e adesão de indivíduos de alto risco. Com esse efeito em espiral, o mercado não se sustenta. Mecanismos como a coparticipação e franquias ajudam a atenuar o risco moral ao compartilhar o risco com os consumidores. As carências e diferenciação de produtos protegem a mutualidade da seleção adversa. Sem as carências, um indivíduo pode adotar o comportamento oportunista de aderir ao plano, utilizar os serviços quando precisar e em seguida sair do contrato.

Efeitos da Pandemia da Covid19

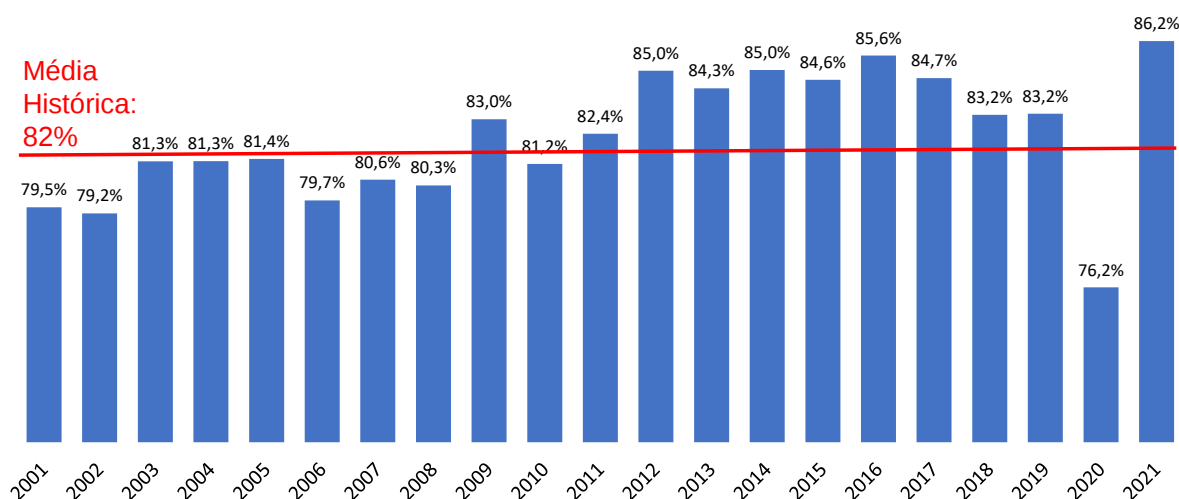
⁴ ARROW, K (1963) “Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care”. In: The American Economic Review, v.LIII, n.5, dec.

⁵ Conta Satélite de Saúde 2010-2019 (IBGE)

Evidentemente a pandemia ocasionada pela Covid19 trouxe perdas irreparáveis para as pessoas que foram acometidas pela doença e para as suas famílias. O número de mortes fala por si (+ de 600 mil). Ainda estamos lidando com idas e vindas das suas variantes, felizmente em uma escala de periculosidade menor, e com os efeitos ainda incertos ao longo do tempo, a denominada Covid longa. Nosso objetivo aqui é mostrar como a covid impactou o mercado de saúde suplementar e, consequentemente, o reajuste dos preços dos planos.

Inicialmente, convém lembrar que as medidas sanitárias adotadas em 2020 e 2021, como o distanciamento social, reduziu significativamente a ida das pessoas ao médico, aos laboratórios e aos hospitais. Diversos dados comprovam essa queda na utilização dos serviços de saúde. As pessoas evitaram os deslocamentos e as despesas assistenciais das operadoras refletiram essa queda na demanda. Neste ano, 2020, as taxas de sinistralidade⁶ de todo o segmento de saúde suplementar se reduziram para 76,2%, como mostra o Gráfico 1 apresentado a seguir. Em 2021 a situação se inverteu com o retorno das atividades à “normalidade”, a utilização de procedimentos retornou aos patamares pré pandemia e as despesas assistenciais das operadoras aumentaram. Cabe registrar que as despesas aumentam tanto pelo efeito da elevação do preço dos insumos quanto pelo efeito quantidade, neste caso medido pela frequência de utilização.

Gráfico 1. Sinistralidade dos Planos Médico-Hospitalares (%)



Como o reajuste de 2021 baseou-se na evolução das despesas assistenciais do ano anterior, pela primeira vez a ANS determinou reajuste negativo de -8,19% nas mensalidades dos planos de saúde individuais. Esse reajuste capturou os dados de utilização dos planos de saúde em 2020 em comparação com o ano de 2019. Ou seja, refletiu toda a queda de utilização do sistema nesse período, que coincide com picos de ocorrência da pandemia desde a sua chegada ao país e, consequentemente, com a menor realização de procedimentos eletivos pelos beneficiários – especialmente no segundo trimestre de 2020.

Não se tem conhecimento de que outro setor regulado tenha autorizado reajuste negativo. Ocorre que pelo efeito da adoção da própria metodologia da ANS, esse efeito também impactará o reajuste em 2022, só que na direção contrária, como apontam diversas estimativas publicadas na mídia. Antes de prosseguir para a conclusão, é preciso apresentar e tecer alguns comentários sobre o modelo de regulação de reajuste adotado pela ANS.

⁶ Percentual das receitas das operadoras que vão para s com o pagamento das despesas assistenciais.

Regulação do Reajuste

Sob o ponto de vista econômico há razões para a regulação do setor de planos de saúde, mas não para controlar preços e reajustes. O mercado de saúde suplementar não é um monopólio natural e a história econômica brasileira é pródiga em exemplos negativos que o controle de preços produz como o aumento da escassez e a queda da oferta.

No sistema regulatório vigente no Brasil, para registrar um novo produto, a operadora este deve apresentar uma Nota Técnica Atuarial. Isto permite ao regulador verificar se o preço estabelecido está ancorado em premissas atuarialmente corretas para se evitar desequilíbrio econômico-financeiro diante dos custos que incorrerão. A regulação prudencial é essencial nos mercados de seguros e planos de saúde que lidam com poupança popular, com pagamento antecipado de riscos futuros. Vale ressaltar que as operadoras são obrigadas a provisionar o montante estimado para eventual insuficiência de contraprestações.⁷ Além da regulação do preço de entrada, o regulador estabelece as regras para garantia da solvência mediante provisionamento das reservas financeiras e da alocação de capital regulatório.⁸

Em mercados com monopólios naturais a regulação do tipo *Price Cap*, busca preservar os incentivos adequados para que a empresa regulada seja forçada a melhorar sempre a gestão dos seus custos. Em linhas gerais o reajuste (R) da operadora regulada é dado por um índice de preços (IP) menos um fator X de produtividade/eficiência ($R = IP - \text{fator X}$). É um avanço em relação aos modelos anteriores de regulação baseados em planilhas de custos que retiravam o incentivo a inovar, oferecer melhores produtos e serviços, dado que tinham *a priori* a recomposição dos custos garantidas pelo regulador.

No mercado de saúde suplementar, o plano individual pós Lei 9656/98 tem seu reajuste autorizado pela ANS.⁹ Inicialmente, o modelo regulatório vigente utilizava a média dos reajustes dos planos coletivos com mais de 30 vidas como *benchmarking* para o reajuste dos planos individuais. O argumento é de que desta forma a ANS conseguiria capturar os benefícios advindos do maior poder de barganha da negociação realizada entre as empresas e transferi-los para os consumidores individuais, menos aptos a negociar diretamente com as operadoras.

A ANS alterou a metodologia de reajuste dos planos individuais por meio da RN 441/2018¹⁰ com objetivo de conferir maior transparência e previsibilidade, além de utilizar informações das despesas assistenciais do mercado individual e não mais do coletivo. Também utiliza um fator de eficiência num modelo conhecido como *value cap*. Ainda que tenha avançado na qualidade metodológica da regulação, ainda carece de maiores aperfeiçoamentos para que as operadoras aumentem a oferta deste produto.

⁷ A Provisão para Insuficiência de Contraprestação/Prêmio – PIC, estabelecida na RN 442/2018, deve ser constituída o valor do prêmio/contraprestação for inferior ao tecnicamente necessário para custeio das despesas diretas da operação de planos. A ANS avalia e aprova a nota técnica atuarial.

⁸ Desde a edição da RN nº 451/20, até o final de 2022 (período de transição), as operadoras de planos de saúde podem optar entre permanecer no regime de Margem de Solvência ou migrar para o de Capital Baseado em Riscos (CBR). A partir de 2023, as operadoras obrigatoriamente deverão observar o CBR.

⁹ No mercado de planos coletivos, a livre negociação entre a empresa contratante e o plano de saúde é a forma de se estabelecer o reajuste. E conforme a RN nº 309 da ANS, para fins de cálculo do percentual de reajuste contratual, todas as empresas clientes que possuem menos de 30 beneficiários cadastrados em cada plano fazem parte do *Pool* de Risco.

¹⁰ Resolução Normativa nº 441, de 2018, que estabelece critérios para cálculo do reajuste máximo das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde individuais ou familiares, médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, que tenham sido contratados após 1º de janeiro de 1999 ou adaptados à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

Um dos principais objetivos da mudança na metodologia de cálculo do reajuste dos planos de saúde de contratação individual ou familiar foi trazer maior previsibilidade e segurança jurídica para o cálculo, possibilitando que a sociedade tivesse acesso aos dados e à metodologia utilizada para poder realizar suas próprias projeções.

Cabe ressaltar que, na metodologia anterior, denominada *yardstick regulation*, o reajuste era baseado na média dos reajustes aplicados pelas operadoras em seus planos coletivos com mais de 30 vidas e esses dados não eram públicos. Tal metodologia de reajuste impossibilitava qualquer tipo de projeção e acompanhamento pela sociedade. Com a nova resolução, a fonte principal dos dados passa a ser as demonstrações contábeis das operadoras encaminhadas periodicamente à ANS, devidamente auditadas. Pode-se, portanto, a cada nova divulgação dos dados pela ANS, recalcular e atualizar as projeções de reajuste. No modelo de reajuste atual, há pouca margem de discricionariedade para pois segue-se exatamente a fórmula de cálculo estabelecida pela ANS na RN 441/2018.

O Índice de Reajuste dos Planos Individuais (IRPI) da ANS¹¹ é dado por:

$$IRPI = 0,8 * IVDA + 0,2 * IPCAexp$$

Sendo que o IVDA é dado pela fórmula:

$$IVDA = \left(\frac{1 + (VDA - VDA * FGE)}{1 + VFE} \right) - 1$$

Onde tem-se que:

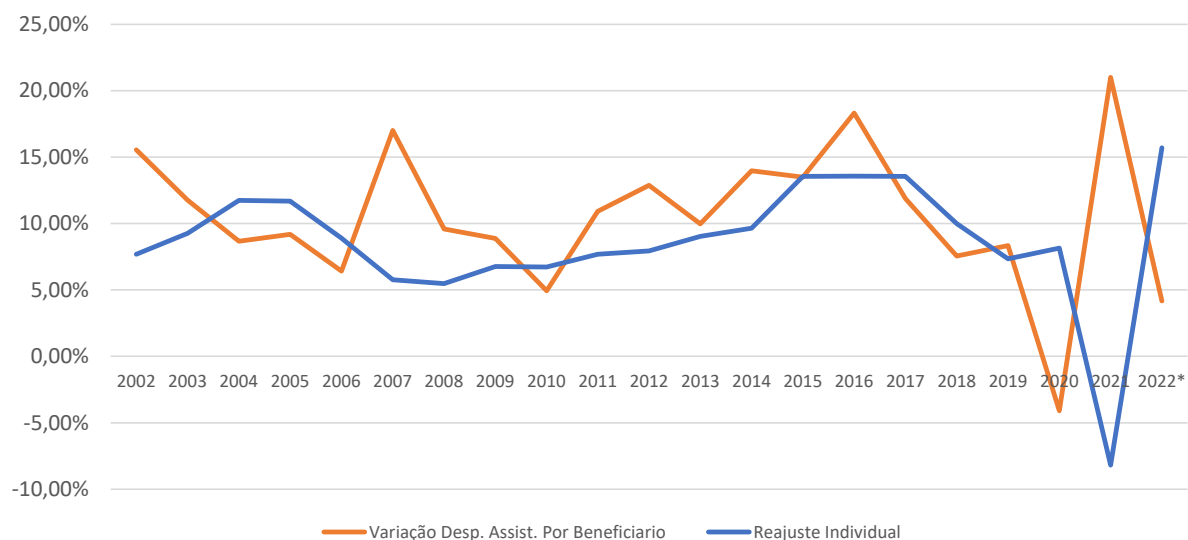
- IRPI: Índice máximo de reajuste dos planos de saúde individuais e familiares de assistência médico-hospitalar;
- IVDA: Índice de valor das despesas assistenciais;
- IPCAexp: Índice de Preços ao Consumidor Amplo expurgado do subitem Plano de Saúde;
- VDA: Variação de despesas assistenciais;
- FGE: Fator de ganhos de eficiência;
- VFE: Variação da receita por faixa-etária.

Assim, chega-se aos resultados do Índice de Reajuste dos Planos Individuais (IRPI). O Gráfico 1 apresentada a seguir traz dados históricos do reajuste, da despesa assistencial per capita. Ao longo da série, o reajuste anual da ANS (linha azul) foi majoritariamente inferior à variação da despesa assistencial por beneficiário. No ano de 2021, a distância entre essas duas variáveis foi a maior da série pelas razões já mencionadas no artigo.

Importante ter claro que são dados de mercado. Há operadoras que trabalham com variações de custos abaixo desse patamar e outras que trabalham acima, dependendo de uma enormidade de variáveis que afetam essa taxa como a característica da rede prestadora, amplitude do contrato, região de atuação, verticalização, dentre outras. Quando o índice de reajuste é uma regra válida para todas as operadoras, independentemente da realidade individual, sempre haverá casos de operadoras que necessitam de um reajuste acima do autorizado enquanto outras poderiam ter reajustes menores.

¹¹ <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/consumidor/reajuste-variacao-de-mensalidade/reajuste-anual-de-planos-individuais-familiares-1/metodologia-de-calculo>

Gráfico 2. Despesa assistencial por beneficiário versus reajuste individual (%) – 2002-2022



Conclusão

Debater reajuste dos planos de saúde é sempre uma tarefa difícil pela questão social que o tema envolve. No entanto, por mais sensível e árida que seja a matéria é preciso enfrentá-la com base técnica. O modelo de reajuste dos planos é tema de câmaras técnicas, grupos de trabalho, consultas públicas e audiências públicas desde o início da regulação no ano 2000. Não foram poucas as tentativas de se alinhar um modelo que ofereça proteção ao consumidor com segurança jurídica e viabilidade econômica. O equilíbrio é sempre difícil.

Nessa discussão, deve-se buscar um modelo que não seja um repasse automático de custos, para não estimular a ineficiência operacional, mas que se adapte às diferentes realidades do mercado em que concorrem operadoras de portes diferentes, com estruturas verticalizadas e não verticalizadas, com produtos locais, regionais e nacionais, com redes de prestadores diferenciadas, entre outros aspectos que afetam diretamente a dinâmica de custos individual. Qualquer que seja o modelo a ser adotado, deve primar pela sustentabilidade, caso contrário, o oferecimento de planos individuais não será suficiente diante da demanda da população.

Os incentivos são fundamentais para a melhor organização da sociedade e da economia. Estes devem estar bem calibrados para que o setor consiga atender aos anseios da sociedade.

Como preconizam a Lei de Liberdade Econômica (Art. 5º da Lei 13.874/19), a Lei das Agências (Art. 6º Lei 13.848/19) e o Dec. 10.411/20, que regulamenta a análise de impacto regulatório, há que se avaliar as diversas alternativas regulatórias envolvidas, seus custos e benefícios, e buscar uma regulação mais eficiente que proteja o interesse dos beneficiários e dos ofertantes do produto.

Concluindo. O número de beneficiários de planos individuais praticamente não cresceu no período regulado fazendo-se necessária a análise do resultado regulatório da atual política dos reajustes a fim de se buscar aprimoramentos nas regras. A Pandemia mostrou que a saúde é prioridade na vida das pessoas e o plano de saúde é a forma mais segura de se ter acesso aos serviços de saúde. Tanto que o número de beneficiários aumentou durante a pandemia em mais de 1 milhão de pessoas, segundo dados da ANS.

Uma regulação por incentivos que estimule a eficiência sem comprometer a sustentabilidade econômica do plano individual pode muito mais eficiente para proteger o consumidor utilizando incentivos corretos para aumento da diversidade de produtos, mais oferta e concorrência no mercado.

Precificação de Planos de Saúde: Risco e Incerteza sobre o Rol de Procedimentos

Sandro Leal Alves

Uncertainty must be taken in a sense radically distinct from the familiar notion of Risk, from which it has never been properly separated.... The essential fact is that 'risk' means in some cases a quantity susceptible of measurement, while at other times it is something distinctly not of this character; and there are far-reaching and crucial differences in the bearings of the phenomena depending on which of the two is really present and operating.... It will appear that a measurable uncertainty, or 'risk' proper, as we shall use the term, is so far different from an unmeasurable one that it is not in effect an uncertainty at all." Frank Knight (Risk Uncertainty and Profit 1921 edition)

No momento em que escrevo este artigo, o Ministro Luis Roberto Barroso acaba de expedir decisão convocando audiência pública em setembro de 2022 para debater a taxatividade do rol de procedimentos da ANS, fruto de ADI recorrendo da decisão do STJ. Na própria decisão do Ministro Barroso, esclarece que “A matéria extrapola os limites do estritamente jurídico e exige conhecimento interdisciplinar apto a desvelar questões técnicas, médico-científicas, atuariais e econômicas relativas à definição da abrangência da cobertura dos planos de saúde, à previsibilidade de novos tratamentos, ao impacto financeiro de condenações judiciais ao fornecimento de terapias não incorporadas e ao processo de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar.”

No dia 8/6, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu ser taxativo, em regra, o rol de procedimentos e eventos estabelecido pela Agência Nacional de Saúde (ANS), não estando as operadoras de saúde obrigadas a cobrirem tratamentos não previstos na lista. Contudo, o colegiado fixou parâmetros para que, em situações excepcionais, os planos custeiem procedimentos não previstos na lista, a exemplo de terapias com recomendação médica, sem substituto terapêutico no rol, e que tenham comprovação de órgãos técnicos e aprovação de instituições que regulam o setor.

Neste artigo, trago uma perspectiva econômica e atuarial com foco na precificação dos planos de saúde, atividade precípua dos atuários, registrados no Instituto Brasileiro de Atuária (IBA) que devem elaborar Nota Técnica Atuarial (NTA) e submeter à aprovação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Sem a aprovação da NTA, a operadora não pode comercializar seus produtos. Antes de abordar a precificação propriamente dita, é importante retornar às bases técnicas do produto.

1. Fundamentos

O funcionamento da saúde suplementar é, sob vários aspectos, similar ao setor de seguros. Logo, é importante conhecer algumas definições aplicadas em ambos os mercados para aceitação e precificação de planos ou seguros. O seguro é um mecanismo de transferência de risco de uma pessoa ou empresa para uma seguradora, ou operadora, que assumirá esse risco. Pode-se dizer que a matéria-prima da indústria de seguros é o risco. Nas operações de seguro, risco é a possibilidade de ocorrência de um evento aleatório que cause danos de ordem material, pessoal ou ainda de responsabilidades. Ele é assumido pela seguradora, que se obriga a indenizar a importância segurada na ocorrência do risco coberto, mediante o pagamento do prêmio (custo do seguro) do seguro realizado. O risco é um evento incerto ou de data incerta que independe da vontade das partes contratantes e contra o qual é feito o seguro. Risco é expectativa de sinistro. Sob o ponto de vista legal, o risco constitui o objeto do seguro, pois o segurado transfere à seguradora, por meio do seguro, o risco e não o bem.

Mas saúde é diferente!

Os serviços prestados pelas operadoras de planos de saúde são diferentes, lidam com um bem incomensurável, que é a vida, e tem características bem específicas e uma regulação complexa. As especificidades do nosso setor foram identificadas desde a década de 60 com o trabalho seminal do economista Keneth Arrow, laureado pelo prêmio Nobel em economia.

A natureza da demanda por saúde é irregular e há prevalência de ampla incerteza em relação à quando e ao que utilizar nos momentos de adoecimento. Nunca saberemos quando necessitaremos de uma internação ou de outro serviço de saúde. As relações no mercado são caracterizadas por problemas derivados da assimetria de informação entre médico e paciente, médico e operadora, cliente e operadora e assim por diante. Não à toa, esse é um setor extremamente regulado tanto no Brasil como no mundo. Como o acesso aos serviços públicos universais nem sempre é efetivo, os planos de saúde emergem como uma importante fonte de acesso tanto das pessoas quanto das empresas que os contratam para seus colaboradores. Em resumo:

A saúde não é um bem transferível de um indivíduo para o outro. É um bem meritório e, em geral, é necessária a certificação de um profissional especializado para indicar o produto ou serviço a ser consumido em cada caso específico assim como atestar sua qualidade. Dessa forma, na ausência de uma certificação pública reconhecida pelos consumidores como confiável, a reputação do provedor do bem ou serviço passa a ser relevante tanto para as decisões de consumo, por parte dos pacientes, quanto para a prescrição médica dos profissionais de saúde.

O consumo de produtos e serviços de saúde se caracteriza pela dissociação entre o consumidor final e o agente responsável pela indicação terapêutica. Quem escolhe o tratamento não é quem paga, diferentemente, dos outros setores onde você escolhe o que deseja consumir.

Alguns produtos e equipamentos do setor saúde se caracterizam por elevados gastos com pesquisa e desenvolvimento de novos processos e, sobretudo, de novos produtos. O acesso a determinados serviços médicos, em geral, e medicamentos, em particular, é considerado em diversos países como um direito de cidadania, resultando na classificação desses bens e serviços como meritórios, isto é, bens e serviços a que todos o cidadão deve ter acesso, sendo responsabilidade da política pública a garantia de acesso universal.

O valor do seguro decorre da imprevisibilidade dos gastos com saúde. As pessoas em geral optam pela segurança de ter acesso aos tratamentos contratados ao invés de carregarem consigo esses riscos. Em termos microeconômicos, sabemos que a demanda por seguro ocorre em um ambiente de escolha sob incerteza e agentes avessos a risco preferem arcar com o custo certo de pagar uma mensalidade a ter que incorrer na incerteza de precisar desembolsar elevadas somas financeiras quando ocorre a eventualidade de uma doença.

2. Mutualismo

Mutualismo é uma das principais características do seguro. Entende-se por mutualismo a reunião de um grupo de pessoas com interesses seguráveis comuns, que concorrem para a formação de uma massa estatística, com a finalidade de suprir, em determinado momento, necessidades eventuais de algumas daquelas pessoas do grupo ou de parte do grupo. Desse modo, o impacto financeiro de um evento, que poderia ser fatal ou catastrófico para um indivíduo ou uma empresa, é distribuído entre os integrantes de um grupo maior por custo relativamente baixo.

No caso da saúde suplementar, as operadoras reúnem todas as mensalidades (ou prêmios no caso do seguro) que recebem em um fundo mutual usado para pagar as despesas com os eventos aleatórios tais como uma internação hospitalar. Dificilmente, esses eventos de alto custo, como internações, são suportados individualmente. Mas coletivamente, pela aquisição de um plano, é possível ter acesso a essas coberturas por meio do mecanismo de solidariedade entre os contratantes que o plano possibilita. Cerca

de 1/4 da população brasileira é coberta por algum tipo de plano de saúde. Segundo dados da ANS, em dezembro de 2019 havia 47 milhões de beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia e 26 milhões de beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos. Esse contingente expressivo da população atendida pelo setor privado acessa o setor, principalmente, mediante os contratos coletivos. Em períodos em que a empregabilidade vai bem, a saúde suplementar tende a acompanhar. O inverso também é verdadeiro. Quando a economia e o emprego formal desaceleram, a capacidade de aquisição de planos de saúde também é afetada.

Segundo Maia (2018), o risco, no âmbito da saúde, é definido como a consequência financeira de uma alteração no estado de saúde do indivíduo. Tais alterações podem resultar em despesas com bens e serviços de saúde para recuperação ou tratamento da saúde, despesas com cuidados de reabilitação e até mesmo perda de renda em função da incapacidade laboral. Na saúde, o que se segura é o acesso aos tratamentos assistenciais decorrentes de alterações no estado de saúde, seja este acesso realizado pela rede própria da operadora, pela rede credenciada ou pela livre escolha do segurado mediante o reembolso, conforme o contrato.

3. Precificação

A precificação deve incluir o custo ou prêmio do risco que se está segurando além de incluir despesas administrativas e de comercialização. Falaremos de algumas regras para essa precificação. Para organizar toda essa operação, o plano de saúde deve contratar e remunerar funcionários das mais variadas especialidades como gestores, médicos, dentistas, atuários, estatísticos, advogados, administradores, economistas, dentre outros. Também deve remunerar corretores e vendedores que comercializam seus produtos. O preço deve incorporar uma margem de segurança estatística calculada a partir de metodologia adequada para garantir, com a maior probabilidade possível, que as ocorrências estarão cobertas no preço, de tal forma que a operadora siga solvente. Adicionalmente, como toda empresa privada, a operadora deve incorporar uma margem de lucros esperada. A arte é precificar o produto para ser ao mesmo tempo competitivo e economicamente sustentável. Veja a fórmula abaixo:

- $\text{Preço do Seguro} = \text{Custo do Risco} + \text{Margem de Carregamentos de Despesas} + \text{Margem de Segurança Estatística} + \text{Margem de Lucro}$

As operadoras têm a função de organizar o mútuo, que envolve a avaliação do risco, a definição do preço do plano, a cobrança e gestão financeira dos recursos, a organização da rede de assistência à saúde, pagamento aos prestadores e a gestão de saúde de seus beneficiários.

Ressalta-se importante diferença da saúde suplementar para outros setores econômicos é que ao precificar um produto, a operadora não conhece os seus custos a priori, pois estes são aleatórios e estimados pelas técnicas da probabilidade. Uma indústria, por exemplo, precifica seus produtos após conhecer os seus custos de produção. Isso significa, na prática, que a operadora recebe as mensalidades, antecipadamente, para a cobertura de riscos no futuro.

Já em uma indústria tradicional, a firma recebe as receitas e paga os custos que já incorreram. Na saúde, esse fluxo financeiro é invertido. Daí a importância de um bom processo de precificação e contratação para que as receitas sejam suficientes para cobrirem os custos que ainda irão ocorrer. Errar na precificação pode levar uma operadora à falência!

O processo de judicialização que se agrava no Brasil faz com que, muitas vezes, as operadoras arquem com custos de procedimentos que não foram previstos nem precificados, ou por não estarem no contrato ou por não constarem no rol de procedimentos da ANS. Quando isso ocorre, toda a coletividade

é chamada a contribuir com recursos adicionais em forma de maiores mensalidades. Logo, é necessário ter previsibilidade nos custos para que os planos possam ser oferecidos.

Devemos ressaltar que existem regras para a precificação segundo as faixas etárias definidas pela legislação. Basicamente, são três momentos: antes da lei 9.656/98, entre a lei 9.656/98 e o Estatuto do Idoso, e após o Estatuto do Idoso. É importante destacar que qualquer utilização feita que não tenha sido contratada, fora do contrato ou fora do rol, torna a previsibilidade e precificação uma tarefa absolutamente complexa, senão impossível.

A operadora consegue precificar os procedimentos que estão cobertos no contrato e no rol de procedimentos da ANS. Casos que extrapolam tais limites não são considerados no momento da precificação. Logo, se isso ocorre por algum motivo, como decisões judiciais ou um rol de procedimentos aberto, ou exemplificativo, esse custo é transferido para os demais participantes da mutualidade que devem incorrer em maiores despesas para assegurar o equilíbrio econômico do contrato. Em termos econômicos, trata-se de um caso de externalidade negativa, pois a ação de um indivíduo impõe custos sobre terceiros. A precificação pode ser feita segundo os seguintes métodos:

3.1. *Community rating*

Neste caso, o mutualismo se dá entre todos os indivíduos. O preço é único para toda a população e é baseado no custo médio desta mesma população. O problema com esse método é que ele funciona quando o seguro é obrigatório. Para seguros voluntários, como no caso do plano de saúde individual, esse método estimula a anti-seleção de riscos, ou seja, como é uma média, os indivíduos que se auto-avaliam como sendo de riscos superiores ao preço tendem a aderir ao contrato. Analogamente, os indivíduos de baixo risco, não tem interesse em aderir e preferem carregar o próprio risco.

3.2. *Experience rating*

Nessa metodologia, o preço baseado no custo per capita por idade. Por exemplo, o preço seria estimado para cada idade. Essa metodologia implica no mutualismo entre os indivíduos que possuem a mesma idade, mas será prejudicial para os indivíduos mais idosos. Para estes, o seguro ficaria inviável. O legislador brasileiro, seguindo ampla referência internacional, entendeu que deve haver solidariedade entre grupos de risco formado por faixas etárias. E assim, chega-se ao terceiro método, explicado a seguir.

3.3. *Community rating* modificado

Neste caso, o preço é baseado no custo médio por faixa etária que atualmente é segmentada de 5 em 5 anos conforme mostrado a seguir. O risco é, portanto, solidarizado entre os indivíduos que estão em uma mesma faixa etária.

Antes da Lei 9.656/98		A partir da Lei 9.656/98	A partir do Estatuto do Idoso
Até 1998		1999 a 2003	2004 em diante
Faixas	Não definidas	0 a 17	0 a 18
		18 a 29	19 a 23
		30 a 39	24 a 28
		40 a 49	29 a 33
		50 a 59	34 a 38
		60 a 69	39 a 43
		70 ou mais	44 a 48
			49 a 53
			54 a 58
			59 ou mais
Fixado em contrato	Valor da última faixa ≤ 6 vezes o valor da primeira		
		variação da 7ª a 10ª ≤ variação da 1ª a 7ª	

O legislador brasileiro estabeleceu a divisão solidária do risco entre 7 (sete) faixas etárias na Lei 9.656/1998. Posteriormente, com o advento do estatuto do idoso, foi proibido o aumento de mensalidades após os 60 anos e a ANS revisitou as suas faixas etárias. São 10 atualmente. Adicionalmente, o legislador previu o pacto intergeracional, ou seja, os mais jovens devem pagar um pouco mais para que os mais idosos possam pagar um pouco menos do que o custo do seu risco. O pacto intergeracional é garantido pela regra que limita o preço da última faixa etária como sendo no máximo 6 vezes o preço da primeira. E a variação da 7ª a 10ª faixa etária deve ser menor ou igual ao valor da 1ª a 7ª faixa etária. São as condições de contorno para manutenção da solidariedade intergeracional.

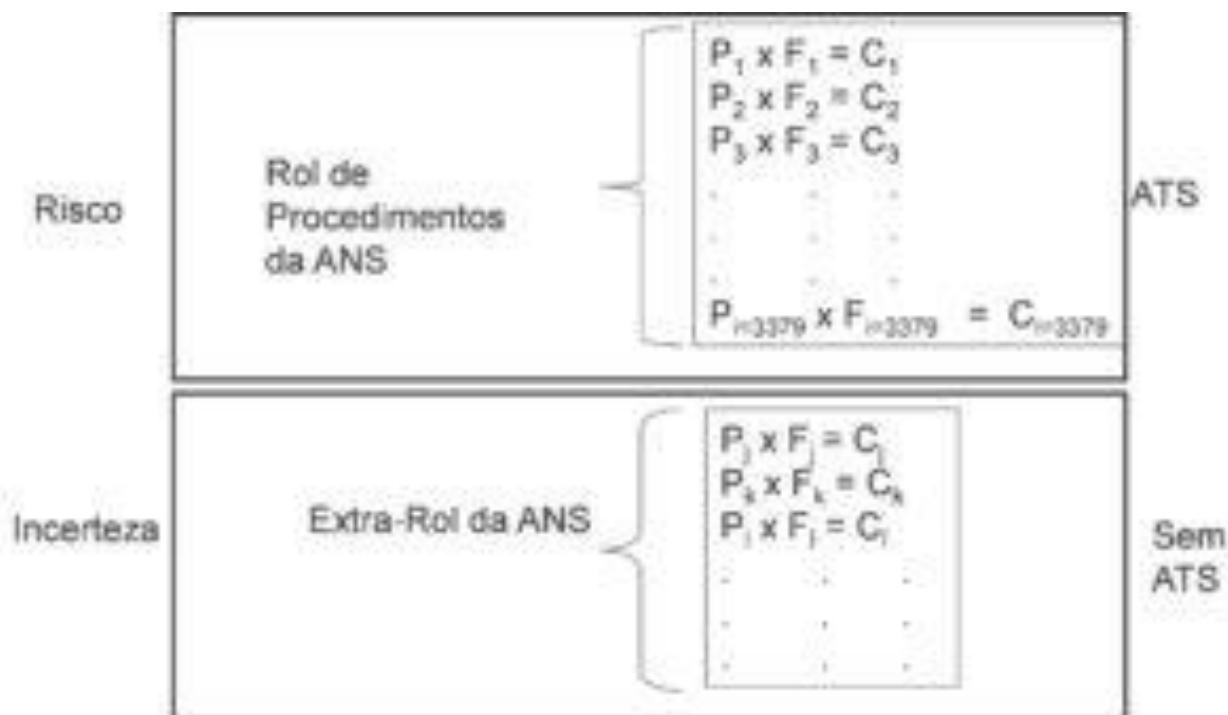
4. Precificação sujeita à incertezas

A principal consequência de um rol exemplificativo para a precificação é a impossibilidade de cálculo do preço com base em dados. Vejamos a figura abaixo para tentar compreender esse ponto. Lembrando que o cálculo do preço deve ser feito por agrupamentos (*clusters*), segundo os grandes grupos de eventos: Consultas médicas – diversas especialidades, exames complementares, terapias, outros atendimentos ambulatoriais, internações hospitalares e demais custos assistenciais. Cada grupo desses é desdobrado em diversos subgrupos de coberturas e os procedimentos que são estabelecidos no rol da ANS servem para que as operadoras saibam previamente quais os riscos que está assumindo. A partir deste momento, irão avaliar a disponibilidade de rede assistencial, avaliar os preços praticados e incluir no cálculo do custo assistencial. Portanto, o quadrado superior da figura descreve os procedimentos cobertos pelo rol da ANS.

Para cada um dos 3379 procedimentos do rol, a operadora deve obter dados de frequência de utilização e o preço para se chegar ao custo médio (ou severidade média). Ressalta-se que pela legislação atualmente em vigor, os procedimentos devem ser submetidos à Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS) a fim de verificar as evidências científicas que suportam a inclusão, sua eficácia e seu custo-efetividade. Não nos esqueçamos da fosfoetanolamina, tida como cura do câncer em um período no Brasil, mas que posteriormente demonstrou-se absolutamente ineficaz. Quantos recursos públicos e privados foram desperdiçados? Difícil prever. Em todo mundo desenvolvido, o processo de ATS é um

requerimento necessário para que alguma nova tecnologia seja incorporada. No Brasil, o setor público faz a ATS na CONTEC. Na saúde suplementar, essa avaliação está a cargo da ANS.

As operadoras de planos de saúde são especializadas em precificar o risco atuarial se valendo de ciência para chegar nas melhores estimativas possíveis, dados os dados disponíveis. No entanto, ao se falar em rol exemplificativo, ou procedimentos extra-rol, saímos do campo do risco e adentramos no terreno da incerteza. Não é possível fazer previsões sobre quais procedimentos vão ser incorporados pois estes são frutos do desenvolvimento tecnológico da indústria de medicamentos, materiais, equipamentos etc. A incorporação automática no rol, além de inviabilizar o processo de precificação, também coloca sob risco a saúde da população tendo em vista que não passou pelo rigor científico do crivo da ATS.



É possível carregar na margem de segurança para tentar alcançar. Não obstante, quanto maior for a margem, maior será o preço. No limite, a operadora pode optar por não oferecer o produto pois não conseguirá fazer uma gestão adequada do risco. Cabe lembrar que é objetivo da precificação que o valor presente das receitas seja suficiente para pagar todos os compromissos assumidos. Se estes compromissos mudam ao longo do tempo, e o preço se mantém constante, haverá déficit na carteira. A ocorrência de déficit deve ser provisionada pois pelas regras prudenciais, baseadas em risco, a subscrição se tornará excessivamente elevada. Evidentemente, déficits irão demandar maior volume de capital das operadoras, reduzindo a rentabilidade do negócio e a atratividade para a entrada de investidores potenciais.

Sair do terreno do risco e adentrar o campo da incerteza não parece ser uma política pública sustentável. Alguns dirão que faz parte do risco do negócio. Mas se queremos mais eficiência da regulação a ponto de entrar para a OECD, esse pode ser um elemento de muita vulnerabilidade regulatória. Afinal, risco regulatório é até possível se precificar, mas incerteza não.

Referências bibliográficas

ALVES, Sandro Leal. Fundamentos, regulação e desafios da saúde suplementar no Brasil. 1ª ed. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2015

ARROW, Kenneth. Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care. In: The American Economic Review, v. LIII, n. 5, dec., 1963

CARLINI, Angélica. Judicialização da Saúde Pública e Privada. Ed. Livraria do Advogado, 2014.

CECHIN, José; ALVES, Sandro Leal; ALMEIDA, Álvaro. Dinâmica dos Custos, Formação de Preços e Controle de Reajustes dos Planos de Saúde no Brasil: a Urgência de se Revisar a Regulação. R. Bras. Risco e Seg., Rio de Janeiro, v. 12, n. 21, p. 133-156, abr.-set., 2016.

FERREIRA, Paulo Pereira. Modelos de Precificação e Ruína para Seguros de Curto Prazo. 1ª ed. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2002.

FERREIRA, Paulo Pereira. Desafio do Preço Justo no Seguro Saúde. Revista Cadernos de Seguro. 195. 2018

FLÁVIO, AMANDA e LEAL, SANDRO, Sandro: Saúde suplementar e o Brasil: sobre escassez, escolhas, rol de procedimentos e almoço grátis. Coluna Webadvocacy. Fev.2022

LIMA; William. Manual de solvência: aspectos principais. Cartilha Planos e Seguros de Saúde – O que saber. Fenasaúde, 2018. Disponível em: www.fenasaude.org.br.

MAIA; A.C. Gestão de Risco em Planos de Saúde. Cartilha Planos e Seguros de Saúde – O que saber. Fenasaúde, 2018. Disponível em: www.fenasaude.org.br.

NAZARENO, JOSÉ M. Jr. Precificação dos planos de saúde: apresentando alguns aspectos técnicos envolvidos. <https://www.linkedin.com/pulse/precifica%C3%A7%C3%A3o-dos-planos-de-sa%C3%BAde-apresentando-alguns-maciel-junior/?originalSubdomain=pt>

On Risk Classification. A Public Policy Monograph. American Academy of Actuaries Risk Classification Work Group. November 2011

RESOLUÇÃO IBA Nº 02/2019. Dispõe sobre os princípios gerais que devem nortear os trabalhos de formação e revisão de preços no âmbito da saúde suplementar no Brasil, em consonância com os Princípios Básicos Atuariais definidos pelo CPA nº 001 – IBA.

ADI 5422:

Por um dia das mães mais feliz

Vanessa Vilela Berbel

Os casamentos no Brasil estão tendo menor duração média, caindo, de 2010 a 2020, de 17,5 anos para 13,8 anos. Não só a duração ficou menor, mas também a taxa de nupcialidade, principalmente para casais do mesmo sexo. Essa queda possui relação com fatores sócio-culturais - como se observa do aumento de 464% das uniões estáveis¹⁵¹, mas também com os múltiplos arranjos familiares da atual sociedade brasileira, que escapam aos números dos registros públicos e sentenças judiciais.

Ainda que grande parte das mulheres esteja fora dos dados Estatísticos do Registro Civil do IBGE, as informações contidas na pesquisa podem lançar luzes sobre o perfil das pessoas que se divorciam e os desafios sociais e econômicos que a alta taxa do rompimento dos arranjos familiares pode promover.

O perfil dos casais que se divorciaram em 2019 era composto por homens com idade média de 43 anos e mulheres de 40 anos de idade. Ainda, em 2020, dos 331,2 mil divórcios concedidos no país, aproximadamente 56,5% dos divórcios judiciais ocorreram entre pessoas que tinham filhos menores de idade¹⁵².

Apesar da boa notícia de que, entre 2014 a 2020, a guarda compartilhada passou de 7,5% para 31,3% dos casos, como reflexo do advento da Lei 13.508/2014, dados do IBGE a respeito das sentenças de divórcio proferidas em primeira instância mostram que, em 2020, dos 140.218 casos julgados, 80.315 tiveram a guarda atribuída apenas às mulheres¹⁵³. Deve-se anotar, ainda, que guarda compartilhada não é guarda alternada, de modo que, na maioria dos casos, a criança ainda mora quase que na integralidade do tempo com um dos genitores, em regra a mãe, mesmo que conviva com ambos.

Deste modo, se pegarmos o perfil padrão das estatísticas, temos que, após dez anos de casamento, caso ocorra o divórcio, haverá uma mulher de 40 quarenta anos, credora do custo de manutenção da prole que com ela habitará e, do outro lado da equação, um homem de 43 anos, o pai, a quem competirá seu ressarcimento.

Levada a relação jurídica obrigacional cível para o campo tributário, o quadro se inverte. Agora a mãe, apesar de ter recebido a pensão como forma de ressarcimento de despesas da prole, terá que declarar os valores em seu imposto de renda. Isso mesmo: ela cuida, dispõe do seu tempo - já falamos aqui do obscurantismo econômico do cuidado doméstico, muitas vezes reduz suas horas no mercado de trabalho para se dedicar às atividades domésticas - mesmo em muitos casos esteja no auge de sua carreira, lembre-se: ela está com quarenta anos, e, no final, paga a renda pela pensão. Não só, o genitor poderá deduzir o valor pago de seu imposto de renda. Injusto? Obviamente, mas, alguns membros da Corte Suprema entendem que essas mulheres podem esperar mais algum tempo para ter um feliz dia das mães.

Isso pois, a ADI 5422, que discute a constitucionalidade do imposto de renda sobre os valores recebidos a título de pensão alimentícia no âmbito do direito de família estava com desfecho demarcado

¹⁵¹ Vide o informativo Secretaria Nacional da Família. Fatos e números: casamentos e uniões estáveis no Brasil, Brasil: 2021. <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/observatorio-nacional-da-familia/fatos-e-numeros/FatoseNumerosCasamento.pdf>

¹⁵² O percentual justifica-se também pelo fato de ser vedado o acesso ao divórcio extrajudicial aos casais que possuam filhos menores

¹⁵³ Dados obtidos em Pesquisa Estatísticas do Registro Civil - 2020, IBGE. <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5936#resultado>

para 11/02/22, mas teve seu julgamento retornado à estaca zero. Pois é, com placar de seis a zero para conhecer em parte da ação direta e, no mérito, julgá-la procedente, com proposta de fixação da seguinte tese de julgamento: "É inconstitucional a incidência de imposto de renda sobre os alimentos ou pensões alimentícias quando fundados no direito de família", um pedido de destaque do Ministro Gilmar Mendes, fez com que a recontagem dos votos seja reiniciada.

Então, cara leitora, se você já preencheu seu imposto de renda e colocou os rendimentos da pensão alimentícia como tributáveis, eu lhe desejo, em 2023, um melhor dia das mães.

Referências bibliográficas

IBGE. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais. Estatísticas do Registro Civil 2010-2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?edicao=17071&t=downloads>

Organizadores:

ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA. Doutor em economia pela UNB, mestre em economia pela UFF e graduado em administração de empresas pela PUC-RIO. Foi conselheiro do CADE, assessor técnico na SEAE e Diretor na SGM-MME. Sócio fundador da WebAdvocacy e professor da WebAdvocacy.

MARCOS ANDRÉ MATTOS DE LIMA. Mestre em economia pela UFRS e graduado em economia pela UFRJ. Foi assessor técnico da SEAE. É sócio fundador da M&A Consultoria Econômica, Sócio fundador da WebAdvocacy e professor da WebAdvocacy.

RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA. Doutoranda em direito pelo IDP, mestre em direito público pela UNB, pós-graduada em direito econômico e regulatório pela PUC-RIO, pós-graduada pela EMERJ, advogada, sócia fundadora do Mendonça Advocacia e sócia fundadora da WebAdvocacy.

Autores:

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 do CADE.

ANGELO PRATA DE CARVALHO. Advogado sócio de Ana Frazão Advogados. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professor voluntário na Faculdade de Direito da UnB. Vice-líder do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECM/UnB).

CATHARINA ARAÚJO SÁ. É advogada no escritório Vilanova Advocacia, graduada em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) e em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília (UnB). Cursou o XVIII Curso de Extensão em Direito da Concorrência (UnB). Ex-estagiária da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 8 (CGAA8) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Atuou na área de concorrencial e *compliance* em uma das maiores bancas de advocacia do País.

DANIELA SANTOS. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Geral do Estado, ex advogada da Agência Nacional de petróleo, gás e biocombustíveis, sócia fundadora da SG Advogados, escritório especializado em energia, publicará mensalmente artigos sobre temas atuais que envolvam energia elétrica, petróleo e gás natural, com enfoque na concorrência.

EDUARDO MOLAN GABAN. O Professor Doutor de Direito Econômico e Direito Penal Econômico nos programas de pós-graduação da FDRP/USP e PUC-PR, Diretor do Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação – IBCI. Líder do Núcleo de Pesquisa em Concorrência e Inovação da PUC-SP e sócio de Nishioka & Gaban Advogados publicará mensalmente artigos de relevante interesse em suas áreas de pesquisa e atuação. Contato: gaban@nglaw.com.br.

ELISÍO FREITAS. Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP. Advogado atuante há quase duas décadas em processos de controle externo da Administração Pública, com especialização e experiência em tribunais de contas, na defesa de grandes empresas, políticos e de gestores. Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União (TCU), entre 2004 e 2011.

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.

FELIPE FERNANDES REIS. Advogado, sócio coordenador da equipe de Direito Econômico e Concorrencial do Malard Advogados Associados. Graduado em Direito e Master of Laws (LLM) - Direito dos Negócios e Governança Corporativa pelo IDP/Brasília. Membro- Consultor das Comissões Especiais de Direito Econômico e de Energia de OAB/Federal; e membro das Comissões de Defesa da Concorrência e de Relações Governamentais e Institucionais da OAB/DF. Associado Internacional da American Bar Association, nos comitês de Antitrust Law e Environment, Energy and Resource Law.

FERNANDO BOARATO MENEGUIN. Mestre e Doutor em Economia pela Universidade de Brasília. Pós-doutor em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Califórnia – Berkeley. Líder do Grupo de Estudos em Direito e Economia – GEDE/UnB-IDP. Pesquisador do Economics and

Politics Research Group – EPRG/CNPq-UnB. Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Microeconomia Aplicada. Professor do Mestrado em Administração Pública do IDP. Sócio da Pakt Consultoria e Assessoria e Consultor Sênior no Brasil da Charles River Associates (CRA).

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN. Antigo Secretário-Executivo do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e assessor especial da CAMEX. Foi presidente do Conselho de Administração do BNDES e da BNDESPAR. Foi presidente, conselheiro e procurador-geral do CADE. Foi também diretor do Departamento de Defesa Comercial (DECOM) e chefe de gabinete do ministro do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Foi membro do Conselho de Administração da FINAME/BNDES. Atualmente é membro do grupo de especialistas do sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL e consultor ad hoc de projetos de defesa da concorrência das Nações Unidas (UNCTAD). É professor de direito em Brasília e atua, como professor ou pesquisador, em universidades e institutos no Brasil e no exterior. É consultor externo ou membro não-governamental de organizações e institutos brasileiros e estrangeiros e consultorias. Graduado em Administração pela UDESC/ESAG e em Direito pela UnB, tem mestrado e doutorado pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne), com pós-doutorado pela Universidade de Macau, China.

HENRIQUE MUNIZ. Trainee, graduando em direito pela Faculdade de Direito de Recife (UFPE), membro da Comissão de Jovens Arbitralistas do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CJA/CBMA) e do Grupo de Estudos em Ação de Reparação de Danos Concorrenciais da UFPR.

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.

JOSÉ RICARDO MACHADO BERNARDO. Diretor da GBI Consultoria Internacional, desde 2000 atuando em comércio internacional, é graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Federal Fluminense (UFF-RJ), com especialização em economia internacional pelo IBMEC.

LUCIA HELENA SALGADO. Professora Titular da Faculdade de Ciências Econômicas, Programa de Pós Graduação em Ciências Econômicas, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com pós-doutorado pela Université de Toulouse I, Capitole – Toulouse School of Economics (TSE) 2012-2013 (apoio CAPES). Doutora em Economia da Indústria e da Tecnologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1996). Professora visitante Toulouse School of Economics, Master 2 ECL – Economics and Competition Law, (fev. mar. 2014); foi pesquisadora visitante e doutoranda em intercâmbio na Universidade da Califórnia, Berkeley (1994-1996); mestre em Ciência Política pelo IUPERJ e bacharel em Economia pela UFRJ. Foi membro do grupo de trabalho que deu origem à lei brasileira de defesa da concorrência e conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) por dois mandatos, de 1996 a 2000. Foi Coordenadora de Estudos de Regulação e Mercados da Diretoria de Estudos e Políticas de Estado, Instituições e Democracia do IPEA de 2008 a 2013. Atualmente, é Professora visitante do curso de Pós-Graduação em Gestão da Inovação do Laboratório de Gestão de Tecnologia e Inovação do Instituto de Geociências da Unicamp desde 2006; é membro da equipe de pesquisa do NECTAR/ITA (Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação do Instituto Tecnológico da Aeronáutica). Tem coordenado grupos de pesquisa em escala nacional e internacional desde 1994 em Organização Industrial, Regulação Econômica, Mecanismos de Governança e Direito e Economia, atuando principalmente nos seguintes temas: instrumentos regulatórios e desenho de mecanismos, economia antitruste, propriedade intelectual e concorrência e nova economia institucional. Coordena o curso de pós graduação lato sensu em Direito e Economia da Regulação e da Concorrência, oferecido pela UERJ.

LUCIANO CHARLITA DE FREITAS. Doutor especialista em regulação e conselheiro sênior do conselho da ANATEL. Pesquisador do Núcleo de Direito Setorial e Regulatório da Universidade de Brasília.

LUIZ ALBERTO ESTEVES. Doutor em Economia pela Università degli Studi di Siena, Itália (2009); Visiting Graduate Student no Centre for Globalisation Research (CGR) da School of Business and Management, Queen Mary, University of London, Reino Unido (2006); Visiting Graduate Student no Institute of Labor Economics, IZA, Bonn, Alemanha (2007); Atualmente exerce as funções de Economista-Chefe do Banco do Nordeste do Brasil S/A, Editor-Chefe da Revista Econômica do Nordeste (REN), Coordenador da Comissão de Estudos e Pesquisas da Associação Brasileira de Desenvolvimento (ABDE) e Membro Consultivo da Comissão de Estudo e Defesa da Concorrência da OAB/CE; Foi Pesquisador Visitante no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA (2005-2006); Foi Assessor Especial da Secretaria Municipal de Planejamento de Curitiba; Foi Economista-Chefe do Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Justiça (CADE/MJ, Agência Antitruste); Foi Chefe-Adjunto da Assessoria Econômica (ASSEC) do Ministério do Planejamento; Professor do Departamento de Economia da Universidade Federal do Paraná (UFPR) desde 1999; Foi Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UFPR – Mestrado e Doutorado (foi Coordenador do Programa no período 2011-2013); Foi Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico da UFPR – Mestrado e Doutorado; Professor Convocado dos Programas de MBA e Mestrado Profissional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Professor das Disciplinas de “Cartéis: Teoria, Prática e Métodos de Identificação” e “Técnicas Quantitativas em Concorrência” no Programa de MBA em Defesa da Concorrência da FGV; Tem experiência nas áreas de Economia (Macro e Micro), Estatística e Econometria Aplicada.

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.

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.

RONALDO NEVES DE MOURA FILHO. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, com especialização em Direito Tributário pelo IBET. Cursa mestrado em Administração Pública no IDP. Trabalha na Anatel desde 2009, tendo passado por diferentes áreas e funções.

RODRIGO ZINGALES OLLER DO NASCIMENTO. É sócio fundador de Zingales Advogados, cujas atividades iniciaram-se no ano de 2009 e no qual atua até hoje. Rodrigo tem vasta experiência em Direito da Concorrência, área na qual atua desde o ano de 1998, tendo trabalhado em casos envolvendo restrições verticais e controle de concentrações econômicas, cartéis e condutas unilaterais, tanto na esfera administrativa quanto na judicial. Rodrigo atua ainda no desenvolvimento de programas de compliance para clientes locais e internacionais.

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