

Direito e Economia

Colunas da WebAdvocacy

Organizadores:

Elvino de Carvalho **Mendonça**

Rachel Pinheiro de Andrade **Mendonça**

Marcos André Mattos de **Lima**

Adriano Paranaíba

Amanda Fávio de Oliveira

Ana Flávia Napoli Silva

Ana Lúcia Pascon Araújo

Ana Paula Andrade de Melo

Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli

André Santa Cruz

Angelo Prata de Carvalho

Catharina Araújo Sá

César Mattos

Daniela Santos

Eduardo Molan Gaban

Elvino de Carvalho Mendonça

Fábio Luiz Gomes

Felipe Fernandes Reis

Fernando Boarato Meneguim

Fernando de Magalhães Furlan

Hernique Arake

Isabel Jardim

José Américo Cajado de Azevedo

José Guilherme Fontes de Azevedo Costa

Júlia Gomes Mota

Lucia Helena Salgado

Luiz Alberto Esteves

Luiz Guilherme Ros

Márcio de Oliveira Júnior

Mauro Grinberg

Paulo Henrique Garcia D`Angioli

Polyanna Vilanova

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Rodolfo Souza

Rodrigo Tomielloda Silva

Rosendo de Melo Neto

Sandro Leal Alves

Uinie Caminha

Vanessa Vilela Berbel



Direito e Economia

Vol. I , nº 1- 2022



Direito e Economia



Debate e Exatidão

Organização

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

Autores(as)

Adriano Paranaíba
Amanda Flávio de Oliveira
Ana Flávia Napoli Silva
Ana Lúcia Pascon Araújo
Ana Paula Andrade de Melo
Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli
André Santa Cruz
Angelo Prata de Carvalho
Catharina Araújo Sá
César Mattos
Daniela Santos
Eduardo Molan Gaban
Elvino de Carvalho Mendonça
Fabio Luiz Gomes
Felipe Fernandes Reis
Fernando Boarato Meneguim
Fernando de Magalhães Furlan
Henrique Arake
Isabel Jardim
José Américo Cajado de Azevedo
José Guilherme Fontes de Azevedo Costa
Júlia Gomes Mota
Lucia Helena Salgado
Luiz Alberto Esteves
Luiz Guilherme Ros
Márcio de Oliveira Júnior
Mauro Grinberg
Paulo Henrique Garcia D'Angioli
Polyanna Vilanova
Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça
Rodolfo Souza
Rodrigo Tomiello da Silva
Rosendo de Melo Neto
Sandro Leal Alves
Unie Caminha
Vanessa Vilela Berbel



Colunas da WebAdvocacy

Direito e Economia

Ficha catalográfica

Colunas da WebAdvocacy: Direito e Economia: volume I. –

1. ed. -- Brasília, DF: WebAdvocacy - Defesa da Concorrência, 2022.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-995241-9-6

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

22-107131

CDU 34:33:381.81

Vol I

2022

Apresentação

Iniciamos 2022 com o volume I da obra Colunas da WebAdvocacy.

O livro Colunas da WebAdvocacy é uma obra que visa organizar os artigos de opinião produzidos pelos colunistas da WebAdvocacy no primeiro trimestre de 2022.

Os temas abordados estão conectados com matérias do direito e da economia e representam a opinião e a espontaneidade dos seus autores que, em parceria com outros autores ou não, tornam o debate em torno das questões concorrenciais e regulatórias extremamente instigante e profícuo.

Boa leitura!!!

WebAdvocacy

Abril de 2022

BIGTECHS: QUAL A NOVIDADE?.....11

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA

JOSÉ AMÉRICO AZEVEDO

LIBERALISMO, ESSE DESCONHECIDO: UMA APRESENTAÇÃO EM 700 PALAVRAS.....16

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA

ADRIANO PARANAIBA

SOBRE RAZÕES DO ANTITRUSTE, O “ADVOGADO DO POVO” LOUIS BRANDEIS E O NEOBRANDEISIANISMO18

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA

JULLA GOMES MOTA

LUIZ GUILHERME ROS

***SOFT REGULATION* – UMA NOVA PROPOSTA DE REGULAÇÃO ECONÔMICA.....21**

FERNANDO BOARATO MENEGUIN

ANA PAULA ANDRADE DE MELO

PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS: ANÁLISE ECONÔMICA DO REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA25

FERNANDO BOARATO MENEGUIN

DESAFIOS ATUAIS DO ACESSO NÃO-DISCRIMINATÓRIO ÀS INFRAESTRUTURAS ESSENCIAIS.....30

DANIELA SANTOS

FELIPE FERNANDES REIS

OS ALGORITMOS E A DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS: QUAL É O PAPEL DO DIREITO ANTITRUSTE NA SOCIEDADE DO CAPITALISMO DE VIGILÂNCIA?35

RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA

SOBRE A ESTUPIDEZ DE ROBERT MUSIL E O COMBATE AS FAKE NEWS: QUAL É A ROUPA DA VERDADE?40

RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA

ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA

THE IMPACT OF THE GLOBAL METHANE PLEDGE ON THE BRAZILIAN BEEF INDUSTRY	43
---	-----------

MARCIO DE OLIVEIRA JUNIOR

THE BRAZILIAN FIXED INTERNET MARKET.....	47
---	-----------

MARCIO DE OLIVEIRA JUNIOR

<i>FAILING FIRM DEFENSE</i>: UMA PROPOSTA DE SCREENING TEST	51
--	-----------

MARCIO DE OLIVEIRA JUNIOR

LUIZ ALBERTO ESTEVES

PARA ALÉM DA ANTERIORIDADE E DA BASE DE CÁLCULO: O QUE MAIS A LC 190 PODE TER FEITO?	58
---	-----------

FABIO LUIZ GOMES

RODRIGO TOMIELLO DA SILVA

PAULO HENRIQUE GARCIA D'ANGIOLI

JOSÉ GUILHERME FONTES DE AZEVEDO COSTA

REGRA “<i>PER SE</i>” NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO: UM GRANDE ERRO	65
---	-----------

EDUARDO MOLAN GABAN

COMENTÁRIOS AO REGULAMENTO DE APLICAÇÃO DA LGPD PARA AGENTES DE PEQUENO PORTE	72
--	-----------

EDUARDO MOLAN GABAN

A ANÁLISE DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: APLICAÇÃO DA ESCOLA HARVARD, DA ESCOLA DE CHICAGO OU DE AMBAS?	76
--	-----------

ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA

O CONVÍVIO ENTRE O PODER REGULATÓRIO SETORIAL E A ANÁLISE DE CONDUTA ANTICONCORRENCIAL: O CASO DA COBRANÇA DE VALORES SOBRE A MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS NOS PORTOS BRASILEIROS.	78
--	-----------

JOSÉ AMÉRICO AZEVEDO

CATHARINA ARAÚJO SÁ

A SÍNDROME DO AVESTRUZ: O (DES)COMPROMETIMENTO PARLAMENTAR COM A ATIVIDADE LEGISLATIVA EM ANO ELEITORAL	84
--	-----------

*JOSÉ AMÉRICO AZEVEDO
ANA LÚCIA PASCON ARAÚJO*

DA VINCULAÇÃO DA SOCIEDADE AOS ATOS DO ADMINISTRADOR	91
---	-----------

*ANDRÉ SANTA CRUZ
HENRIQUE ARAKE*

ECONOMIA DIGITAL, ANTITRUSTE E IDENTIFICAÇÃO DE MAVERICKS	98
--	-----------

LUÍZ ALBERTO ESTEVES

ENTRE EROS E TANATOS: DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL À MORTE DO ANTITRUSTE	101
--	------------

ANGELO PRATA DE CARVALHO

A CELEBRAÇÃO DE TCCS EM SEDE DE CONDUTAS UNILATERAIS: DÚVIDAS, INQUIETAÇÕES E ALGUMAS POUCAS CERTEZAS	104
--	------------

ANA SOFIA CARDOSO MONTEIRO SIGNORELLI

ENFORCEMENT CONCORRENCIAL PRIVADO E AS CONDUTAS UNILATERAIS	111
--	------------

ANA SOFIA CARDOSO MONTEIRO SIGNORELLI

UM PROJETO SOBRE REDAÇÃO DE DECISÕES	115
---	------------

MAURO GRINBERG

ARTIGO 36 DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UM CASO DE INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL	118
---	------------

MAURO GRINBERG

A ENTRADA EM VIGOR DO <i>DIGITAL MARKETS ACT</i> (DMA) NA EUROPA: UMA PRIMEIRA APROXIMAÇÃO	121
---	------------

LUÍCIA HELENA SALGADO

REGULAÇÃO DE RISCO EM TEMPOS DE INCERTEZA: LIÇÕES DA CIÊNCIA COMPORTAMENTAL	126
--	------------

LUCIA HELENA SALGADO

DO CARIMBO AO <i>BLOCKCHAIN</i>: A PEQUENA REVOLUÇÃO NO REGISTRO DE EMPRESAS NO BRASIL	130
---	------------

UNIE CAMINHA

A INTERFACE ENTRE <i>BLOCKCHAIN</i> E DIREITO ANTITRUSTE ..	133
--	------------

POLYANNA VILANOVA

ISABEL JARDIM

ANA FLÁVIA NAPOLI

A INTERFACE ENTRE <i>BLOCKCHAIN</i> E DIREITO ANTITRUSTE: CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS	140
--	------------

POLYANNA VILANOVA

ISABEL JARDIM

ANA FLÁVIA NAPOLI

POSSÍVEIS IMPACTOS DA TECNOLOGIA BLOCKCHAIN NOS ACORDOS COLUSIVOS.....	146
---	------------

POLYANNA VILANOVA

ISABEL JARDIM

ANA FLÁVIA NAPOLI

EXISTE UM NÍVEL ÓTIMO PARA A INTEGRAÇÃO VERTICAL NA SAÚDE?	150
---	------------

SANDRO LEAL ALVES

DEFESA COMERCIAL É SINÔNIMO DE PROTECIONISMO?	153
--	------------

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

ECONOMIC GROUP AND LIABILITY FOR VIOLATION TO THE ECONOMIC ORDER UNDER ARTICLE 33 OF THE BRAZILIAN COMPETITION LAW	157
---	------------

FERNANDO DE MAGALHÃES FURLAN

IMPEDIMENTO À POSSE EM CONCURSO PÚBLICO DE CONDENADOS POR VIOLÊNCIA CONTRA MULHER E OUTROS GRUPOS VULNERÁVEIS	173
--	------------

VANESSA VILELA BERBEL

O PASSAPORTE DA VACINA PARA O COVID-19: LIBERDADE X EXTERNALIDADES PARA O BEM-ESTAR COLETIVO	176
---	------------

CÉSAR MATTOS

AUTORES:	188
-----------------------	------------

Bigtechs: qual a novidade?

Amanda Flávio de Oliveira

José Américo Azevedo

Volta e meia algum analista de fatos da contemporaneidade nos adverte para a “complexidade” inédita de um fenômeno qualquer. Da forma como avaliam fenômenos atuais, alguns intelectuais parecem crer que as relações econômicas, contratuais, sociais aparentemente sempre foram muito simples, e a vida vai se complicando com o tempo.

O enredo é trágico: se as coisas da vida vão se tornando sempre cada vez mais complexas, em que lugar é que vamos parar? Mas geralmente esses analistas sempre têm também uma solução para nos propor, enfrentando fatos mais complexos do que nunca com saídas que eles próprios nos indicam com base na “razão”.

Thomas Sowell, em *Os Intelectuais e a Sociedade*, faz uma ácida crítica contra esses pensadores, que privilegiam a suposta “razão” em detrimento da experiência, “*permitindo que tenham uma impetuosa confiança em assuntos sobre os quais têm pouco ou mesmo nenhum conhecimento ou experiência*”.¹ Segundo Sowell, chavões como “*os tempos mais simples de outrora*” são expressões típicas dessa parcela de intelectuais.

As *Big Techs* se tornaram, nos dias atuais, alvo preferencial a esse título, sobretudo no campo jurídico. É que, conforme se diz corriqueiramente, nunca houve um poder econômico com essas características, o que significa dizer que há uma complexidade inédita a ser enfrentada, e esse enfrentamento é dever do Estado.

Defina-se, a princípio, o que se entende por *bigtechs*, essas empresas “contemporâneas” desenvolvedoras de produtos com grande adesão pela população em geral. *Bigtechs* podem ser consideradas grandes empresas com alta sofisticação tecnológica, responsáveis pela criação e desenvolvimento de produtos e/ou serviços inovadores, que alcançaram parcela significativa do mercado nos últimos anos. São empresas líderes, que em certa medida têm ditado tendências, criado protagonismos e determinado orientações.

¹ SOWELL, Thomas. *Os Intelectuais e a Sociedade*. São Paulo: Realizações Editora, 2011, p. 59.

Aderindo à advertência de Sowell para considerar a “experiência” no trato dos fatos atuais, convém analisar outras fases históricas tentando compreendê-las a partir do seu tempo: e logo se percebe que empresas com parcelas consideráveis de mercado, inovadoras, fornecedoras de produtos ou serviços essenciais para aquele tempo, com sofisticação e tecnologia de ponta para o momento em que surgiram são uma constante da história do mundo capitalista. Ou seja, os tempos de outrora parecem não ter sido tão simples assim.

Se hoje se fala em *Amazon*, uma *bigtech* de *logística* de bastante projeção, que iniciou suas atividades em 1994 com vendas e distribuição *online* de livros e hoje tem seu principal negócio na entrega de produtos ao consumidor final, certamente que as ferrovias do século XVIII cumpriam esse propósito, especialmente nos EUA.

A expansão ferroviária americana iniciou-se a partir de 1827, quando foi fundada a *Baltimore and Ohio Railroad*, que inaugurou seu primeiro trecho em 1830. Nas décadas de 1850 e 1860, o transporte ferroviário viveu seu apogeu naquele século, tendo como principal expoente Cornelius Vanderbilt (1794-1877) que, ao morrer, era considerado o homem mais rico do mundo, com uma fortuna avaliada em cerca de 2,5 bilhões de dólares em valores atualizados. Na década de 1860, o empresário Jay Gould (1836-1892) se interessou pelo mercado ferroviário, avançando de forma hostil sobre o controle acionário da ferrovia, no episódio que ficou conhecido como *Erie War*. Embora Gould tenha adquirido a liderança, por meio de disputas judiciais e procedimentos pouco ortodoxos de ambas as partes, Vanderbilt entregou a ele uma empresa descapitalizada e depauperada. A partir daí, Gould iniciou uma estratégia de captação de mercados e clientes, por meio de uma política agressiva de tarifas e de procura de novos territórios e outras ferrovias. Nesse cenário, erigiu um império que controlava as rotas para oeste da Pennsylvania e metade das linhas de conexão da New York Central. Em 1869, Gould se viu envolvido em um escândalo gigantesco, conhecido como *Gold Corner*, por ter tentado interferir de maneira fraudulenta no mercado de ouro norte-americano, o que comprometeu, irreversivelmente, sua reputação e sua posição na economia do país. Anos mais tarde, Gould ressurgiu das cinzas comandando a *Union Pacific*, uma das maiores ferrovias americanas e atuando em sua ocupação predileta: avançar sobre o mercado, especialmente atacando a família Vanderbilt, desta vez tendo como antagonista o filho Willian, que assumiu os negócios com a morte do pai em 1877. Gould continuou atuando até seu falecimento em 1892. Os herdeiros dos impérios assumiram o setor com a morte de Gould e de Willian Vanderbilt. Mas, à essa altura, o mercado ferroviário já estava consolidado e pujante.

As empresas de telégrafos de outrora talvez possam ser considerados os “avós” das empresas de *internet* de hoje em dia, todos vocacionados a permitir a comunicação em grande escala e distância. Se hoje *Facebook*, *Google*, *Apple* e outras assustam por seu “poder”, em 1881, a *Western Union Telegraph Company*, responsável por permitir, àquele tempo, uma comunicação sem precedentes entre a Europa e a América, passou por um processo de fusão com a *Atlantic and Pacific Telegraph Company*, criando uma monopolista do setor. Vale dizer que a *Western Union* existe até hoje, evidentemente sob outros moldes, sendo atualmente uma empresa multinacional que oferece serviços financeiros e de comunicação.

No setor financeiro, as recentes *fintechs* e crescentes *criptomoedas* encantam ao passo que amedrontam atualmente pelo “novo” que representam: nos EUA, John Pierpont Morgan (1837-1913) e sua família detiveram incontestável poder e influência nesse e em outros mercados, por um longo período. A influência exercida por Morgan no setor ferroviário o levou a ser conhecido como o “banqueiro das ferrovias” – ele por diversas vezes chegou a interferir no setor, a ponto de impedir, em uma ocasião, a continuidade da construção da linha *West Shore*, mesmo após vários trechos já estarem adiantados, inclusive com túneis e viadutos concluídos, jogando por terra muitos milhões de dólares de investimento. Além disso, o banco Morgan chegou a patrocinar a *General Electric* de Thomas Edison, cuidou da venda da empresa de telégrafos *Baltimore & Ohio* e tinha uma vaga no conselho administrativo da *Western Union* de Jay Gould. Na siderurgia, depois de financiar a criação da *Federal Steel Company*, providenciou a fusão com a *Carnegie Steel Company*, em 1901, formando a U.S. Steel Co. que chegou a possuir dois terços do *market share* do setor. Ele deteve participação parcial ou total em empresas dos setores da construção civil, equipamentos agrícolas, bebidas, transporte aquaviário, dentre outras. O poderio de Morgan foi tamanho que ele chegou a protagonizar uma intervenção direta nas finanças do governo americano em duas ocasiões. A primeira, quando uma alienação excessiva dos papéis ferroviários lastreados em ouro causaram um *crash* da Bolsa em 1893, comprometendo as reservas do governo. Morgan organizou a venda de títulos americanos, inclusive com aporte pessoal de cerca de 10 milhões de dólares, debelando a crise. O segundo momento, em 1907, quando uma queda repentina e descomunal do índice *Dow Jones* – até hoje a segunda maior da história – fez o mercado entrar em pânico. Morgan foi chamado para, pessoalmente, coordenar as ações interagindo entre o mercado e o governo para o afastamento do colapso.

Para além dos paralelos entre as empresas consideradas “*big techs*” hoje em dia e suas possíveis antecessoras, convém destacar que muitas outras empresas com poder econômico considerável e importância central na vida do

momento já se fizeram presentes na história da humanidade: relembre-se de Andrew Carnegie (1835-1919), criador da *Carnegie Steel Inc.*, empresa cuja estratégia de negócios propiciou o surgimento da maior siderúrgica do mundo, responsável pela metade da produção britânica e um quarto da americana.

Recorde-se, também, de John D. Rockefeller (1839-1937), que, juntamente com Henry Flager (1830-1913), fundaram a *Standard Oil Co.*, que se transformou na maior empresa petrolífera do mundo e uma das primeiras e maiores multinacionais da história. A partir de sua criação, Rockefeller iniciou um incisivo processo de verticalização das atividades, atuando desde a extração e produção, refino, transporte e comercialização de petróleo. O tamanho e a importância da *Standard Oil* causou preocupação a ponto de, em 1911, a Suprema Corte dos Estados Unidos, baseando-se no *Sherman Act*, de 1890, determinar a que a *Standard Oil* fosse dividida em 34 novas empresas, a fim de diminuir o monopólio da corporação original. Interessante notar que após essa decisão, os valores das ações das empresas separadamente tiveram uma alta significativa, trazendo enormes lucros adicionais. Segundo estimativas, a fortuna pessoal de Rockefeller era equivalente a 1,53% do PIB anual total dos Estados Unidos na época. Até hoje, sob as mais diversas formações e nomenclaturas remanesce parte do conglomerado.

Tudo isso nos mostra que a história está repleta de antecedentes tão “complexos” quanto os que hoje se apresentam no que se refere ao tema do poder econômico privado. Tudo isso também nos leva a admitir que há já uma experiência acumulada no tratamento pelo Estado dessas realidades – e suas consequências, boas e ruins, já podem ser avaliadas com sobriedade.

Grandes corporações existem há muito e estratégias variadas já foram empregadas para o atingimento desse estágio. Medidas variadas para “contê-las” ou não também já foram experimentadas. Se se considera “*big tech*” como um agente econômico que se vale de tecnologia e se transforma, por alguma razão, em um *player* dominante em um segmento de mercado, será preciso admitir que elas já povoam a economia mundial há quase dois séculos.

Não há nada de tão novo assim, não é preciso desenvolver saídas novas, tendo por justificativa a ideia de que seria mais *complexa* a realidade atual. O que urge é resgatar o valor da *experiência*, evitando-se cometer os mesmos erros, mais uma vez. É que a história nos indica que por vezes, no afã de conter estruturas aparentemente perigosas para o bem-estar social, o Estado se atrapalhou, e prejudicou o seu objetivo final.

Por fim, uma palavra precisa ser dita sobre o valor das instituições. Não por acaso, estruturas empresariais disruptivas nascem e se desenvolvem nos EUA... antes como agora. Inevitável tentar entender o que leva o país a ser um incubador da inovação. Sabe-se que a obsessão pela eficiência é um

dato cultural americano, somado à valorização da liberdade econômica e à existência de instituições estáveis, além de um federalismo real e não fictício. Ao invés de nos preocuparmos com os instrumentos a serem desenvolvidos com base na *razão* para o enfrentamento dos grandes agentes econômicos, talvez o foco de nossos pensadores deveria se voltar para o estabelecimento de condições para o desenvolvimento, por aqui, de empresas inovadoras e disruptivas. Para isso, a *experiência* aponta caminhos seguros²

² Para entender um pouco mais do efervescente cenário americano no séc. XIX, duas obras são indicadas: o livro *Os Magnatas*², de Charles Morris; e a série/documentário de TV “*The men who built America*”², dirigida por Patrick Reams e Ruán Magan. Neles, pode-se perceber o impacto que certas invenções causaram na sociedade da época: e perceber, igualmente, como as instituições interagiram com essas formas econômicas.

Liberalismo, esse desconhecido: uma apresentação em 700 palavras

Amanda Flávio de Oliveira

Adriano Paranaíba

É fato notório que as ideias liberais encontram muita resistência no Brasil, aprioristicamente e desde sempre. Sabe-se também que quase nada nos é apresentado das teorias liberais no decorrer de nossa formação acadêmica no Brasil: da escola à pós-graduação, os autores liberais são negligenciados nos currículos. Esse estado de coisas, no entanto, não nos impede de assistir a muita crítica a eles – aqueles que ninguém leu, mas é contra.

Uma expressão clara disso consiste no sempre referido criticamente “neoliberalismo” que por vezes parece “ameaçar” o bem-estar do país e de seu povo. É só surgir uma medida desreguladora de um mercado ou uma proposta de afastamento do Estado em algum assunto que logo ela é “acusada” de “neoliberal”. O termo, na grande maioria dos casos em que é empregado, com o prefixo que diz respeito à “novo”, não tem significado preciso algum, a não ser o de que aquele que o proferiu não sabe do que está falando, mas é contra.

Outros “argumentos” são lugar comum em discussões contra o “neoliberalismo” malvado: as sempre reiteradas invocações de Adam Smith e sua “mão invisível”, a suposta “falácia” do *laissez faire*, assim entendido aquele Estado negligente, irresponsável e ausente, além das afirmações de que “a ideia até poderia dar certo, mas não em um país tão desigual” ou de que “a ideia só funciona depois de um certo grau de desenvolvimento”, e por aí vai.

Este breve texto tem a missão ingrata de explicar o que são as ideias liberais em apenas 3 páginas. Claro que ele pagará todos os pecados pela sua brevidade: é que há escolas de liberalismo econômico, com pontos de vista por vezes divergentes entre elas. Mas, principalmente, explicar o que é liberalismo em 3 páginas só seria possível se ele fosse aquilo a que é acusado e que ele não é: uma proposta anárquica de extinção do Estado, defendida por pessoas irresponsáveis e despreocupadas com o outro e com a pobreza, e que advogam a ideia egoísta de que cada um cuide de si.

Primeiramente, esclareça-se de que o liberalismo não é uma instituição, um modelo que podemos implantar em um país. Sempre nos perguntam: onde o liberalismo foi implantado? De fato, nunca foi – o que é

bom, pois não se trata de um regime. Também não é uma filosofia completa acabada, muito menos um dogma.

Liberalismo também não é só economia. O liberalismo econômico é apenas uma vertente – há também o liberalismo político, responsável pela defesa da liberdade de expressão, locomoção e crença.

De fato, o liberalismo constitui uma doutrina política, que utiliza fundamentos da Economia, buscando alternativas para a melhoria do padrão de vida das pessoas. E aqui é importante pontuar: historicamente, o liberalismo, em seus primórdios, foi o primeiro movimento político que buscou promover o bem-estar para pessoas que não faziam parte de grupos especiais e elites. Esse ponto é importante destacar, porque os detratores do liberalismo o acusam justamente do oposto: que o liberalismo é cruel, principalmente com os mais pobres, pequenos e desprovidos.

Se há escolas de pensamento diferentes dentro de um grande universo das teorias liberais, alguns pontos em comum elas possuem e que as tornam partes de um todo: o enaltecimento da pessoa humana e a sua proteção contra os arroubos do Estado é ponto fulcral entre elas. Liberais defendem a definição precisa dos direitos de propriedade, as trocas voluntárias, a liberdade de expressão, os preços de mercado. Se há divergências entre elas, isso dependerá do quanto de Estado se admite em cada uma, mas em todas a preferência é dada ao indivíduo.

Em épocas de uso abusivo de expressões, conferir às pessoas *liberdade* e exigir *responsabilidade* em seu uso representa a melhor forma de *empoderamento* a se desejar. O mesmo se pode dizer de *empatia*: a tolerância constitui valor importante para os teóricos liberais, o que pressupõe discordância respeitosa de ideias, o que, infelizmente, em épocas de *cancelamentos*, não vem sendo a tônica. Por fim, o liberalismo será sempre contra guerras, exatamente por configurarem atentados à propriedade privada de outros povos e países. A *paz*, portanto, é cara aos liberais.

Essas são apenas as 3 primeiras páginas de uma proposta maior: explicar o liberalismo e afastar críticas apriorísticas infundadas ou frutos de desconhecimento ou exclusivamente ideológicas. Invocar Adam Smith, mão invisível, *laissez faire* e desigualdade é passar recibo de que não conhece o que é criticado. Mas isso não é exatamente culpa de ninguém: conforme mencionamos no primeiro parágrafo deste texto, o liberalismo não nos é apresentado nos bancos escolares. Recebam nosso convite para conhecer o liberalismo, em todas as suas expressões.

Sobre razões do antitruste, o “advogado do povo” Louis Brandeis e o neobrandeisianismo

Amanda Flávio de Oliveira

Julia Gomes Mota

Luiz Guilherme Ros

O antitruste é uma disciplina à procura da sua razão de ser. Desde seu surgimento, ainda no século XIX, teses vêm e vão, algumas às vezes voltam, na tentativa de se justificar o porquê do Estado interferir na competição entre as empresas.

Já há algum tempo a disciplina jurídica da concorrência vem-se justificando como tendo por razão de existir o bem-estar do consumidor, na acepção do termo que propugna a Escola de Chicago. Em suas origens, a preocupação com a estrutura do mercado já se revelou fundamento para a atuação do Estado. Grandes estruturas poderiam ser perniciosas pela própria existência – e estamos falando de grandes estruturas no fim do séc. XIX e início do séc. XX.

O tema voltou à baila com as multimencionadas “*big techs*”. Estudiosos avaliam serem estruturas sem precedentes, uma realidade inédita... e seu “tamanho” ou “poder econômico” despontam nos debates como motivos de preocupação. Se é bem verdade que as teses de Chicago vêm se mostrando limitadas ou frustrantes em importantes aspectos, parece curioso uma tentativa de superá-las buscando algo que lhe seja anterior, ao invés de se aprimorar a trajetória.

Um “novo/velho” movimento surge nos debates antitruste, então. Entre os “rótulos” de “populista” ou “hipster” que lhes foram atribuídos, não necessariamente atraentes, a alternativa “neobrandeisiana” surge com o propósito de conceder elegância e fundamento à ideia.

Somos seres à procura de líderes. A apropriação que hoje se faz da figura pública de Louis D. Brandeis pela corrente de estudiosos do antitruste que se intitula “neobrandeisiana” guarda imprecisões anacrônicas que se esmorecem ante a uma análise cuidadosa de sua trajetória e ideias ao longo de 60 anos de vida – e que antecederam sua altamente contestada ida para a Suprema Corte.

Formado em Direito pela Universidade de Harvard, Brandeis trabalhou como advogado por 38 anos, ininterruptamente, até ser nomeado para a Suprema Corte em 1916. Dedicado e apaixonado pela advocacia, nem mesmo a proximidade com o Presidente Woodrow Wilson e a influência que exerceu nas negociações que culminaram na criação da Federal Trade Commission (FTC) fizeram com que se afastasse de suas atividades. Pelo contrário, nunca aceitou as propostas de Wilson para tomar parte direta na Comissão. O estudo de sua biografia revela mais um advogado por excelência do que um pensador antitruste sofisticado.

O legado intelectual de Brandeis está, em grande medida, registrado em artigos para jornais, argumentos sustentados das tribunas, e correspondências. Ainda que a vida pública de Brandeis não deixe dúvida quanto a sua aversão aos grandes empresários e monopólios, sua trajetória profissional sugere que essa postura mais derivou dos casos e clientes com quem ele trabalhou do que de supostas construções teóricas.

De início, não há na sua larga trajetória ensaios que reflitam de forma aprofundada os modos pelos quais ele entendia que a organização dos mercados ou da concorrência deveriam se dar. Ademais, ao analisar coleção de cartas deixadas por Brandeis, o historiador norte-americano Thomas McCraw esmiuçou seu perfil pragmático e casuístico¹, afirmando não haver no acervo indícios de reflexões ou ruminâncias de fôlego. Nem por isso deixou de ser contundente em sua atuação, e considerado por alguns radical.

A maioria de seus clientes eram pequenos empresários, sobretudo no início de sua carreira. Os três casos de maior relevância conduzidos por Brandeis foram *Muller v. Oregon* (1908), a controvérsia de *Ballinger-Pinchot* (1910), e o pedido de aumento de taxas da *American Railroads* diante da *Interstate Commerce Commission* (1910) e confirmam sua personalidade pragmática, populista e utilitária. A notoriedade pública dos casos e o apelo sensacionalista com que Brandeis os conduziu lhe selaram a fama de *advogado do povo*, e alguns pontos em comum entre os três casos reforçam o perfil brandeisiano desenhado por McCraw: argumentos técnicos e não jurídicos, o uso e abuso de veículos de mídia *muckraker*, e o emprego de elementos inesperados que pudessem surpreender seus adversários. Calha notar, ainda, que nenhum dos casos que lhe alçaram à fama tratava de política antitruste.

Se a atuação profissional de Brandeis era orientada para a defesa dos seus clientes, as teses de fundo que advogou, em temas que tangenciam o antitruste, não são nem de longe compatíveis com uma perspectiva que hoje

¹ MCCRAW, Thomas K., et al. *Prophets of regulation: Charles Francis, Adams Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*. Massachusetts: Harvard, 1984.

se intitula “neobrandeisia”. É o caso, por exemplo de sua defesa da legalidade de carteis². Ou da defesa que fez da licitude da fixação de preços de revenda, ainda que tal fato importasse o aumento de preços ao consumidor.

Não se nega que Brandeis acabou por ter importante influência no desenvolvimento do direito antitruste. São a ele atribuídas fases de efeito bastante reverberadas, como “*big is bad*”, “*the curse of bigness*” e “*small is beautiful*”. Mas daí a tentar conferir-lhe uma posição de idealizador de uma teoria parece demasiado generoso.

É preciso ser justo e reconhecer que a “nova” corrente não admite uma mera preocupação com o tamanho das empresas – ou ao menos não o faz explicitamente. A ideia aproxima-se mais de um certo retorno às origens, por meio do qual a política de defesa da concorrência não deveria ter um objetivo único, mas diversos objetivos.

De todo modo, se a efervescente trajetória do advogado Louis Brandeis não permitiria alçá-lo a ícone da “nova” corrente, revelando antes um anacronismo, o problema principal talvez nem esteja no nome da “nova” Escola. O dilema mais dramático segue em aberto: há que se definir com segurança as razões do antitruste.

² Como aponta Guimarães (2020), “de acordo com Brandeis, havia quatro tipos de trustes: (i) acordos entre concorrentes para não vender os produtos abaixo de determinado valor; (ii) acordos entre concorrentes em que os preços são equalizados e administrados por um terceiro; (iii) transferência das ações pelos acionistas de empresas concorrentes para um terceiro (*trustee*), que adquire o controle das empresas, determinando como se dá a administração do conjunto; e (iv) verdadeira fusão de empresas em uma grande corporação, com a extinção de qualquer independência individual. Para Brandeis, os trustes de tipo (i) e (ii) não geravam problemas relevantes, sendo aqueles de tipo (iii) e (iv) o objeto de preocupação.

Soft Regulation – Uma nova proposta de regulação econômica

Fernando Boarato Meneguim

Ana Paula Andrade de Melo

Normas que provocam distorções, que geram mais custos que benefícios sociais, têm sido uma frequência nos três níveis da federação. A proliferação legislativa descuidada acarreta insegurança jurídica e dificulta o desenvolvimento econômico.

Essas dificuldades não são específicas do Brasil. Em nível internacional, o movimento chamado *Better Regulation* ganhou força nos anos 2000 e colocou holofote no problema da falta de qualidade do arcabouço regulatório mundial e na urgente necessidade de sanear-lo.

Com essa perspectiva, é importante trazer à tona novas alternativas de intervenção estatal. No presente texto, discorreremos sobre a *soft regulation* - regulação que acontece por meio de instrumentos não vinculativos que, embora advenham do poder público, não exigem monitoramento e fiscalização ostensivos por parte da administração pública.

Existe um espaço promissor para se promover a *soft regulation* no Brasil, com consequências positivas para a racionalização do ordenamento jurídico, a dinamização do crescimento econômico e o incremento do bem-estar social.

No Manual de Boas Práticas Regulatórias da Advocacia-Geral da União é destacado que “o excesso de regras, a falta de clareza, a complexidade da linguagem e a ausência de atualização das normas produzem um ambiente deletério à segurança jurídica, ao setor regulado, aos usuários de serviços e ao próprio Estado de Direito”.

Um ambiente regulatório-normativo inchado é nocivo ao ambiente de negócios, já que dificulta investimentos pela falta de regras claras; encarece e burocratiza o empreendedorismo e o estímulo à inovação; e eleva o Custo Brasil, diante dos altos custos de transação, tornando o País menos competitivo no cenário mundial.

A relevância da atuação do Estado Regulador não afasta os questionamentos quanto à qualidade das regulações. Segundo Meneguim e Saab, no texto “Análise de Impacto Regulatório: perspectivas a partir da Lei da Liberdade Econômica”, as perguntas que devem pautar a atuação estatal

são, basicamente: “será que o desenho da norma consegue gerar efeitos que eram realmente os esperados? Será que os custos impostos pela regulação superam os benefícios gerados para a sociedade?”.

Nesse sentido é que o desenho dos marcos regulatórios e das políticas públicas deve ser cuidadosamente pensado, pois ele cria incentivos e altera a matriz institucional, favorecendo ou dificultando o desenvolvimento econômico. A utilização da *soft regulation* vem para colaborar na construção de soluções que contenham os corretos incentivos para a sociedade, possibilitando intervenções estatais mais eficientes e evitando falhas de governo.

O termo *soft regulation* deriva do debate entre *soft law* e *hard law* no Direito Internacional. Os tratados e as convenções internacionais processados, aprovados e ratificados no contexto interno do país são denominados de *hard law*, de maneira que seu cumprimento pode ser exigido e as punições pelo descumprimento aplicadas. Por outro lado, as declarações, os códigos de conduta, as diretrizes e as outras promulgações de órgãos políticos do sistema das Nações Unidas, por exemplo, são chamadas de *soft law*, que se equivale a algo que não tem força legal ou vinculante.

No caso da *soft regulation*, embora difundida na Europa, a expressão não encontra unanimidade na doutrina internacional. Outras referências encontradas na literatura, tais como *non-regulatory approaches* ou, por vezes, *non-regulatory solutions*, apesar de serem mais genéricas, incluem, entre outras formas, o que se entende por *soft regulation*.

Apesar de não haver definição expressa na doutrina, podemos considerar *soft regulation* como forma regulatória editadas pelo Estado que não exige comando e controle, sendo aplicada por meio de diversos instrumentos sem força normativa cogente. A *soft regulation* pode anteceder, complementar, suplementar ou substituir a regulação tradicional, a depender da necessidade e do contexto, como mais uma alternativa para minimizar um problema regulatório.

No relatório da OCDE *Alternatives to Traditional Regulation*, os instrumentos não normativos são separados nas seguintes espécies: *market-based instruments*; *self-regulation approach*; *co-regulation approach*; e *information and education schemes*.

O novo Guia para Análise de Impacto Regulatório editado pelo governo federal, de forma semelhante ao que propõe a OCDE, categoriza as alternativas não normativas assim:

- autorregulação: quando um grupo organizado regula o comportamento de seus membros;

- correção: regulação compartilhada;
- incentivos econômicos: buscam alterar o comportamento dos agentes por meio de incentivos econômicos, como alteração de preço; e
- informação e educação: instrumentos usados para corrigir assimetria de informações entre os agentes.

Essas alternativas não normativas, que a depender do desenho podem ser entendidas como *soft regulation*, tem por objetivo, segundo o relatório da OCDE, *Alternatives to Traditional Regulation*, “minimizar algumas das principais deficiências da regulamentação tradicional”, por meio do uso de instrumentos regulatórios que possuam como base o desempenho e os incentivos.

Perceba que a escolha do uso de *soft regulation* está diretamente ligada aos objetivos e à necessidade do mercado e cabe ao gestor público, após fazer a análise de impacto regulatório (AIR) sobre o problema que se pretende minimizar, sopesar a solução mais adequada. Não é necessariamente uma gradação, já que há sempre a opção de se iniciar o processo com uma regulação tradicional.

A literatura aponta algumas vantagens inerentes aos instrumentos de *soft regulation*: adaptabilidade e flexibilidade às situações que se impõem; rapidez e menos custo para elaboração e implementação; mais assertividade e eficiência diante do problema regulatório; capacidade de influenciar e orientar pedagogicamente os regulados a comportamentos desejados.

Apesar de o uso da *soft regulation* ainda não ser muito disseminado no Brasil, temos um exemplo de sua utilização no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – o órgão publicou em 2016 o Guia Programas de *Compliance*, para estabelecer definições, sugestões e diretrizes não-vinculantes para as empresas no âmbito da defesa da concorrência.

A iniciativa, na forma de um “menu de opções”, visa auxiliar as empresas a adotarem programa de *compliance* para evitar condutas anticompetitivas, por meio de esclarecimento passo a passo para facilitar a implementação da conduta desejável.

O estímulo é feito por meio da demonstração das vantagens da adoção do programa de forma adaptável à realidade de cada organização. Assim, o Cade, guiado pelas práticas que estão sujeitas à sua função repressiva, trouxe, de forma inovadora, opções educativas e preventivas que visam impedir que as empresas violem a Lei de Defesa da Concorrência e sofram penalidades.

Portanto, claramente, não só o Guia do Cade, mas todos os programas de *compliance* estimulados por autoridades públicas se configuram como opções que se amoldam perfeitamente ao conceito de *soft regulation*.

Por fim, vale observar que a *soft regulation* não detém uma só forma para todos os fins e não é uma panaceia para todo problema que carece de intervenção estatal. No entanto, a forma se apresenta como funcional e adaptável ao caso concreto por meio de medidas não intrusivas. Cabe à administração pública, no bojo do processo de AIR, considerar todas as alternativas e decidir pela melhor opção.

Planos de saúde coletivos: análise econômica do reajuste por faixa etária¹

Fernando Boarato Meneguín

As políticas públicas na área de saúde são cruciais para o desenvolvimento adequado de um Estado. De fato, a saúde é considerada na literatura tanto como capital humano, quanto como insumo para outros fatores, o que alicerça o desenvolvimento.

No Brasil, é notória a insuficiência do sistema público de saúde. Daí ser especialmente alarmante a sensível queda no acesso da população brasileira aos planos de saúde suplementar (a taxa de crescimento do número de beneficiários foi negativa ou praticamente nula em todos os períodos desde 2015).

Tal situação ressalta a importância de um desenho correto da regulamentação estatal, de maneira que se ache um equilíbrio entre interesses das administradoras dos planos de saúde e seus consumidores, para que não haja abuso por parte dos fornecedores de saúde privada, mas tampouco se imponha um regramento inviabilizador do negócio.

Dada a importância dessas regulações, cuidados devem ser tomados para que elas sejam concebidas de maneira a trazer mais benefícios do que custos à sociedade, mitigando possíveis efeitos colaterais negativos em decorrência da intervenção. Caso contrário, pode-se ter situações nas quais a medida, preliminarmente destinadas a ajudar o consumidor, acabam por prejudicá-lo.

Esse efeito adverso é conhecido na literatura como “Efeito Peltzman”, situação em que a regulação tende a criar condutas não previstas para os regulados, anulando os benefícios almejados.

Nesse sentido, com foco na atuação estatal, tem-se uma questão extremamente atual relacionada à saúde suplementar, com grande repercussão

¹ Texto baseado no seguinte artigo acadêmico: MENEGUÍN, F. B.; BUGARIN, M. S.; BUGARIN, T. T. S. Planos de saúde coletivos: Análise econômica do reajuste por faixa etária. *Revista de Análise Econômica do Direito*. vol. 2. ano 1. São Paulo: Ed. RT, jul-dez. 2021

na sociedade, que merece debate: a validade de cláusula contratual de plano de saúde que preveja reajuste por faixa etária, especialmente para planos de saúde coletivos.

A regulamentação e a supervisão dos reajustes dos planos cabem à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que possui normatização sobre como devem acontecer esses reajustes. Apesar da atuação da Agência, o assunto foi judicializado.

Importante pontuar que, atualmente, são permitidas duas espécies de reajustes nos preços de planos de saúde: (i) anual (periódico) e (ii) por faixa etária do segurado.

No tocante aos contratos de planos de saúde do tipo coletivo (que representam mais de 80% do mercado), diferentemente dos planos individuais e familiares, o percentual de reajuste anual independe de prévia aprovação da ANS, ficando a operadora obrigada apenas a comunicar o reajuste aplicado no ano, o qual será livremente negociado com a pessoa jurídica contratante (empresa, sindicato, associação). Nesse caso, a ANS restringe-se a monitorar o mercado.

Já as regras de reajuste por variação de faixa etária são as mesmas para as diversas espécies de planos de saúde (individuais ou familiares e coletivos). As faixas para correção variam conforme data de contratação do plano e os percentuais de variação precisam estar expressos no contrato, mas não dependem de prévia aprovação da ANS. De todo modo, somente é permitida a incidência do reajuste de acordo com as faixas etárias estabelecidas pela agência reguladora.

A norma mais recente sobre este assunto é a Resolução Normativa nº 63, de 2003 – ANS (RN nº 63/03), que define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. Nessa Resolução foram previstas dez faixas etárias, aplicáveis a todos os tipos de planos (individuais, familiares e coletivos).

O art. 3º da RN nº 63/03 dispõe ainda que os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, sendo que: o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária; a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas; as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos.

No âmbito do Poder Judiciário, o STJ apreciou a legalidade dos reajustes por faixa etária em planos individuais ou familiares no REsp nº 1.568.244,

julgado sob o rito dos repetitivos em dezembro de 2016. Naquela ocasião, foi firmado o entendimento de que é válida a cláusula que prevê o reajuste de mensalidade de plano individual ou familiar pautado na mudança de faixa etária do beneficiário. Os argumentos caminham em prol do equilíbrio econômico-financeiro dos planos de saúde, admitindo-se, entretanto, a solidariedade intergeracional, a fim de que não ocorra um exacerbado incremento no preço a ser cobrado dos idosos. Outrossim, não pode haver aumento de preços a beneficiários com mais de 60 anos, ante a vedação prevista no Estatuto do Idoso (art. 15, § 3º, da Lei 10.741/03).

Em poucas palavras, deve ser encontrada a calibragem ideal dos preços para que mais pessoas, de todas as idades, possam ter acesso à saúde suplementar, sem inviabilizar esse mercado.

Quanto aos planos coletivos, ainda não há decisão definitiva. As Cortes de Justiça têm, usualmente, seguido as mesmas diretrizes estatuídas no REsp nº 1.568.244. No entanto, há decisões conflitantes – e por vezes dotadas de alto grau de subjetividade – reconhecendo a nulidade de reajustes por faixas etárias. As várias decisões divergentes têm gerado bastante insegurança jurídica ao setor.

Por exemplo, reajustes de 51% e 67,57% foram tidos como abusivos pelos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), respectivamente (Apelação Cível [AC] nº 1004264-21.2014.8.26.0562 e AC nº 0030706-35.2016.8.07.0001). As decisões foram fundamentadas na ausência de elementos idôneos a justificarem o reajuste e na violação do dever de informação ao consumidor. No último caso, chegou-se a afirmar: *“Revela-se abusivo e discriminatório o aumento demasiado na prestação do beneficiário idoso, pois a desvantagem contratual inibe a permanência no referido plano de saúde, em violação aos princípios da boa-fé objetiva e da equidade”*.

Em consequência das divergências, a matéria será apreciada pelo STJ no bojo do Recurso Especial nº 1.715.798/RS – afetado à sistemática dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC), a fim de firmar precedente qualificado e específico sobre os planos de saúde coletivos, mais especificamente sobre: a) a validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária; e b) o ônus da prova da base atuarial do reajuste.

Para uma análise econômica do assunto, há que se enfatizar que o setor de saúde suplementar possibilita um nível elevado de assimetria de informação que, se não tratada adequadamente, pode inviabilizar o seu funcionamento.

O primeiro problema informacional é a seleção adversa. Os beneficiários dos planos privados de assistência médica conhecem bem o seu estado de saúde, mas a operadora não detém essa informação. Assim, a

seguradora estabelece o valor da mensalidade com base em um risco médio. Contudo, fazendo isso ela seleciona os clientes com maior exposição ao risco, ou seja, a seguradora seleciona adversamente os piores segurados.

Evidentemente, os planos de assistência médica estão a par dos problemas de seleção adversa e investem recursos para dividir os segurados em graus de riscos diferentes para, consequentemente, cobrar de maneira diferente. Uma variável que serve de indicativo para o grau de risco é a idade do segurado. Esse indicativo que está em jogo por meio da atuação do Estado.

Outro tipo de problema envolvendo a assimetria informacional é o risco moral ou incentivo adverso. Nesse aspecto, o obstáculo encontra-se na dificuldade de as operadoras monitorarem o quanto cada segurado cuida da sua própria saúde, ou, ainda, se o segurado está usando demasiadamente os serviços sem haver necessidade.

Perceba que a assimetria de informação no setor de saúde suplementar exige a construção, por parte do Estado, de uma sinalização correta para que os tipos de planos de saúde sejam oferecidos de maneira adequada, criando interesse para segurados e seguradoras.

Essa sinalização, juntamente com a respectiva precificação gerada, deve ser transposta para um contrato claro, com concordância expressa das partes, diminuindo as chances de intervenções estatais indevidas prejudiciais ao setor.

Uma vez que o Poder Judiciário poderá vedar o uso da idade como forma de diferenciação, cabe avaliação, com base na teoria econômica de incentivos e da análise econômica do direito, dos efeitos da proibição dessa diferenciação, notadamente os impactos na oferta e na solidariedade intergeracional embutidos nos planos de saúde em equilíbrio.

Os principais resultados sugeridos por modelagem microeconômica são os seguintes:

Se houver total liberdade na precificação nos planos de saúde coletivos, não haverá solidariedade intergeracional.

Por outro lado, se for proibida a cobrança diferenciada entre jovens e idosos, existe probabilidade alta de se inviabilizar o mercado de planos coletivos direcionados aos jovens. Nesse caso, os mais novos terão como alternativa planos individuais mais caros, persistindo a falta de solidariedade intergeracional.

Na situação intermediária, em que o Estado permite a diferenciação por idade nos preços dos planos coletivos, mas estabelecendo uma amplitude nos preços, poderá existir incentivos para um certo nível de solidariedade

intergeracional com a manutenção da oferta de planos coletivos de saúde para cada faixa etária, desde que essa amplitude seja corretamente delimitada.

Assim, o recado que se quer deixar consiste na importância de haver uma análise cuidadosa das consequências das ações do Poder Público. O desafio estatal, considerando ações oriundas dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, é reger os preços dos planos de saúde, de maneira que estes sejam sustentáveis do ponto de vista econômico-financeiro, mantendo atratividade tanto para os consumidores quanto para as operadoras de saúde suplementar. Um erro nesse regramento pode representar sérios danos para a saúde suplementar no Brasil e conseqüentemente para todos seus beneficiários. Espera-se dessa maneira um desfecho no qual a calibragem seja correta, promovendo bem-estar social.

Desafios atuais do Acesso Não-Discriminatório às Infraestruturas Essenciais

Daniela Santos

Felipe Fernandes Reis

Um dos assuntos historicamente mais discutidos no setor de gás natural é a garantia de acesso não discriminatório às infraestruturas essenciais – detalhadas no próximo parágrafo. Não é de hoje que o tema volta a protagonizar análises técnicas e pareceres jurídicos, mas é certo afirmar que a partir da nova Lei do Gás e do seu Decreto regulamentador (14.134/21 e 10.712/21, respectivamente) o que ainda gerava insegurança – a despeito da vedação da recusa e/ou discriminação de contratar, prevista na Lei de Defesa da Concorrência (12.529/2011) – foi superado, e isso gerou novas expectativas para o setor.

De forma geral, podemos afirmar que os mencionados dispositivos legais não apenas asseguram o acesso não discriminatório de terceiros interessados aos *gasodutos de escoamento da produção, às instalações de tratamento ou processamento de gás natural e aos terminais de GNL*, mas igualmente esclarecem que os proprietários das instalações deverão: (i) elaborar, em conjunto com os terceiros interessados, observadas as boas práticas da indústria e as diretrizes da ANP, código de conduta e prática de acesso à infraestrutura, assegurar a **publicidade e transparência** desses documentos e (ii) receber a **remuneração** acordada entre as partes, **com base em critérios objetivos, previamente definidos e divulgados** na forma do código de conduta e prática de acesso à infraestrutura, (iii) restando a **ANP a função de dirimir eventuais controvérsias sobre o tema** (salvo no caso de instauração de arbitragem).

Ou seja, qualquer alternativa ao acesso não discriminatório, independentemente da regulamentação da ANP, é contrária à lei e à concorrência. E isso decorre da necessidade de se garantir que todos possam usufruir, sem qualquer discriminação e de forma transparente, de uma estrutura única – essencial – para movimentar o gás.

No passado, é sabido que a Petrobras detinha os ativos de infraestrutura essenciais e movimentava, quase que exclusivamente, o seu próprio gás. Portanto, naquele contexto, a necessidade de garantir o acesso não discriminatório era reduzida, em razão da presença de poucos agentes no

mercado. Mas o cenário mudou e, após a celebração do Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC) entre o CADE e a Petrobras, em 2019 – e os seus desdobramentos – passou a ser fundamental assegurar o acesso às mencionadas infraestruturas para os novos entrantes.

Neste sentido, mesmo antes da edição da nova legislação do gás, o próprio TCC foi enfático ao afirmar na cláusula 2.3 que “*a PETROBRAS se compromete a negociar, de boa fé e de forma não discriminatória, o acesso de terceiros aos sistemas de escoamento de gás natural, respeitados, para os casos em que os sistemas possuem coproprietários, o regramento estabelecido para tais sistemas.*”.

Então a pergunta que se coloca é: o acesso não discriminatório é, de fato, uma realidade?

Para responder é necessário esclarecer que muito já foi feito no sentido de assegurar o acesso não discriminatório às infraestruturas essenciais. A unidade de processamento de gás natural (UPGN) de Guamaré, à época de propriedade da Petrobras no Rio Grande do Norte, abriu as discussões em 2020 e, hoje, a UPGN está sendo utilizada por terceiros – o que foi muito festejado pelo setor, uma vez que decorreu de um trabalho árduo e inédito envolvendo a ANP, o Estado do RN, o MME e a petroleira proprietária do ativo.

Entretanto, no caso da UPGN Guamaré, é importante notar que a Petrobras não divulgou a metodologia de cálculo dos preços referente ao acesso, o que, como se sabe, é fundamental para garantir a transparência e a segurança indicadas na Lei do Gás, e, conseqüentemente, a competitividade ao mercado. Ademais, sequer foi possível identificar quais etapas foram impostas pela Petrobras, e seu respectivo prazo para concretizar tal negociação, uma vez que tais informações não foram disponibilizadas. Ou seja, ainda há mais espaço para novas reduções do preço do gás praticado ao consumidor final!

Neste sentido, citamos o CADE que, em outras oportunidades, já se pronunciou em defesa na adoção de medidas de transparência como forma de impedir práticas discriminatórias¹:

“368. Em consonância com as preocupações trazidas aos autos pelos Terceiros Interessados, essa racionalidade de tratamento isonômico deve alcançar todos os momentos nos quais poderiam ocorrer discriminações

¹ Voto Relator: Conselheiro Gilvandro Araújo, Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65 (Rumo & ALL).

ou estratégias de fechamento de mercado, ou seja, a oferta, a contratação e a operação cotidiana de todas as atividades que impliquem integração vertical de mercados atingidos pela operação.

(...)

380. Portanto, indo ao encontro da regulação, o Acordo negociado com as Requerentes estabelece a obrigação de observar **parâmetros objetivos** para a precificação dos serviços prestados aos Concorrentes. Tais parâmetros objetivos serão representados por um **conjunto de variáveis** que guardarão uma **relação fixa e pré-ordenada** entre si. Ou seja, as Compromissárias fixarão desde o presente momento as variáveis que influenciarão a precificação de seus serviços e, principalmente, o “peso” de cada uma dessas variáveis nessa precificação, sendo representadas em uma Fórmula.

381. Uma vez que as variáveis a compor o preço estarão plenamente fixadas, bem como sua influência na formação desse preço, será possível decompor qualquer preço praticado, permitindo a identificação objetiva das particularidades de cada Usuário que justificariam um tratamento diferenciado, bem como a quantificação e qualificação dessas particularidades de forma a se aferir a razoabilidade dessa diferenciação. Assim, qualquer tratamento discriminatório restará inevitavelmente evidenciado.” (grifos nossos)

No caso de compra e venda de gás, o tema ainda é mais nebuloso e com pouca discussão aberta. O que se sabe é que, de modo a cumprir as determinações do TCC, a Petrobras enviou, no final do ano passado, cartas para alguns operadores *offshore* para aprofundar o debate. Sem qualquer dúvida, é fundamental discutir o tema de forma ampla. Até porque, somente assim será possível avançar na direção de um mercado aberto e competitivo de comercialização de gás.

Mas não se pode perder de vista que, em julho de 2022, teremos 3 anos de vigência do TCC, e, a despeito de o CADE já ter sido provocado diversas vezes por representantes da indústria, na prática, ainda estamos vivenciando discussões individualizadas que prejudicam a implementação integral do princípio de acesso não discriminatório na compra e venda do gás. Ou seja, ainda não conseguimos incluir a ampla divulgação da metodologia de cálculo do preço do serviço de forma a contribuir para a maior competitividade no mercado e menor preço ao consumidor.

Certamente não estamos defendendo a divulgação de informações comerciais das empresas e tampouco aquelas que, segundo a lei, devem ter

tratamento confidencial. Na verdade, defendemos a ampla divulgação prévia da forma de cálculo do preço do serviço – além de todo o detalhamento necessário – que será utilizado pelo proprietário do ativo a qualquer parte interessada no acesso à infraestrutura.

Dito de forma ainda mais direta: resolver “caso a caso” o preço e as condições não é acesso não discriminatório, é simplesmente, no melhor caso, simples acesso. Não discriminar, neste caso, significa garantir que todos tenham o conhecimento das variáveis aplicáveis para calcular os valores que serão cobrados pelo serviço. Senão, como saber se não está sendo praticado um acesso discriminatório?

Em uma hipotética negociação entre vendedor e comprador de gás (atualmente há muito movimento neste sentido no mercado nacional), o fato de não se conhecer previamente a metodologia de preço aplicável a todos os interessados no acesso à infraestrutura de escoamento existente, por exemplo, já inibe ou torna insegura a expansão de negócios. Porque a aplicação de valores sem aderência a uma lógica previamente conhecida é um risco que, muitas vezes, afasta a liberdade e incentivos de contratação, ou mesmo cria soluções transitórias sem a segurança esperada. Logicamente, isso é uma forma de limitar o acesso, o que é contrário ao TCC, à concorrência, à Lei e ao Decreto do gás.

E tal situação foi recentemente exemplificada durante o evento da *Gas Week* de 2022 pela Vice-Presidente da Equinor, Claudia Brun, ao afirmar que, para que o gás da empresa chegasse ao mercado, foi necessário “*muita negociação*” e “*resiliência*” para garantir “*uma solução transitória de acesso à estrutura de escoamento e processamento de gás na Bacia de Campos*”.

Não há dúvidas sobre os avanços alcançados, mas tampouco há dúvidas sobre a necessidade de garantirmos mais segurança e menos “soluções transitórias” para o acesso às infraestruturas essenciais e isso, repita-se, somente poderá ser alcançado com transparência e publicidade das regras aplicáveis e remuneração acordada entre as partes, com base em critérios objetivos, previamente definidos e divulgados.

E mais: neste caso, considerando outro compromisso estabelecido na cláusula 2.5 do TCC – qual seja, o de que a Petrobras não poderá comprar volumes adicionais de gás de outros produtores – é certo admitir que, em um cenário de produção crescente de gás, será primordial assegurar o acesso não discriminatório às infraestruturas essenciais por terceiros. Esse cenário já é uma realidade com a celebração de contratos de compra e venda para fornecimento de gás a partir de janeiro 2022 entre as distribuidoras estaduais e produtores *offshore*.

Para evitar prejuízos para o desenvolvimento do Novo Mercado de Gás (NMG), é fundamental o posicionamento ativo do CADE em relação ao efetivo cumprimento do TCC. Nesse sentido, vale lembrar que se trata de problema de ordem concorrencial, que se não for devidamente enfrentado pela autoridade antitruste, inviabilizará a efetiva competição de novos comercializadores junto à Petrobras. Exemplo disso foi a situação vivenciada no final do ano de 2021, quando as distribuidoras de gás se depararam com a ausência de opções de suprimento além da estatal, a qual impôs condições consideradas abusivas, como aumento da ordem de 50% a 300% do preço de gás, cláusulas restritivas e prazos de longa duração, por exemplo – o que, por certo, gerou prejuízos aos consumidores, o fechamento de mercado e a judicialização do assunto, visando atenuar o efeito danoso de tal aumento por meio de liminares...

Além do CADE, apesar da atuação destacada da ANP a respeito do tema e da possibilidade de o regulador lidar com questionamentos durante a transição – reforçada na apresentação do Superintendente da ANP, Hélio Bisaggio, na Gás Week de 2022 – considerando as conhecidas dificuldades dos agentes de divulgar informações que comprovam os problemas de acesso, não há dúvidas de que a recém-divulgada agenda regulatória da ANP (2022- 2023) precisa priorizar os novos dispositivos referentes ao acesso de terceiros, sendo fundamental que a previsão de conclusão para janeiro de 2024 seja antecipada, de forma a assegurar, entre outros, a segurança jurídica do tema. E não é só: também deve ser antecipada a agenda regulatória referente as diretrizes para a elaboração conjunta de códigos comuns de acesso aos sistemas de transporte de gás natural e a revisão da Resolução ANP nº 11/2016 (que regulamenta a oferta de serviços de transporte pelos transportadores, com conclusão prevista para ocorrerem no segundo semestre de 2023).

Por fim, não há que se perder de vista a atribuição da ANP para dirimir eventuais controvérsias sobre o tema, conforme assegura a Lei do Gás.

Os algoritmos e a discriminação de preços: qual é o papel do direito antitruste na sociedade do capitalismo de vigilância?

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

A lógica antitruste desenvolvida por Louis Brandeis no final do século XIX, o julgamento dos casos “*Standard Oil Company* e *U.S. Steel Corporation*” pela Suprema Corte norte-americana e a criação da primeira lei antitruste no mundo pelo Senador John Sherman em 1890 nos Estados Unidos da América (assim chamada “*Sherman Act*”), tinham por finalidade evitar a formação de monopólios com a concentração do poder econômico e garantir o livre mercado, tendo como expoentes, à época, John D. Rockefeller e John Pierpont Morgan. Constituiu-se o primeiro movimento contra os “*trusts*”, daí chamar-se de “*antitrust*”, momento em que se vivia num período de modificação paradigmática com a revolução industrial.

Um pouco mais de um século após, a humanidade está diante de uma nova revolução paradigmática – da tecnologia da informação –, cuja “nova” organização da sociedade em redes provoca burburinhos sobre o novo movimento “populista”, “neobrandesiano” ou “hipster” da atualidade”.¹ Tais mudanças também espriam seus efeitos no antitruste do século XXI e já provocam, em grande parte do mundo, reflexões sobre o “fim da concorrência como a conhecemos”², dada a necessidade premente de repensá-la.

¹ Como escreveu o sociólogo Manuel Castells, a “revolução a tecnologia da informação” representa um raro intervalo na história da vida entendendo-a como “*uma série de situações estáveis pontuadas em intervalos raros por eventos importantes que ocorrem com grande rapidez e ajudam a estabelecer a próxima era estável*”. Prossegue, aduzindo, que “*(...) no final do século XX estamos vivendo um desses raros intervalos da história. Um intervalo cuja característica é a transformação de nossa ‘cultura material’ pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação*”. A Sociedade em Rede/Manuel Castells; tradução: Roneide Venâncio Majer; - (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1). São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 49.

² ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. Bumblebee Antitruste? A Inteligência Artificial e seus impactos no direito da concorrência *in* Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade/coordenação Ana Frazão; Caitlin Mulholland – São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, pp. 433-455.

Relatório das autoridades de concorrência Alemanha-França chama à atenção para a distinção entre a mera interação dos computadores, o que pode até causar o paralelismo de preços e a incerteza da comunicação entre os algoritmos, discutindo frequentemente a autoaprendizagem das *black boxes*.³ O mencionado relatório faz recomendações a serem seguidas no contexto antitruste, seja no controle de estruturas seja no controle de condutas.⁴

No entanto, importante registrar que há autores contrários e favoráveis a uma adaptação à legislação antitruste. Juliana Domingues traz uma revisão da literatura colacionando autores favoráveis e contrários a alguma adaptação no modelo adotado. Autores como Hovenkamp, Orbach, Rebling, Whright e Ginsburg defendem não apenas as premissas da Escola de Chicago e as orientações a partir de Bork, mas também a manutenção de uma análise baseada em critérios mensuráveis e objetivos, onde o “tamanho das empresas” – *too big* – não deve ser o fio condutor da análise.” Por outro lado, também reporta autores da linha “neo-brandesiana”, como Pitofsky, Bogus, Wu, Khan entre outros que defendem novos paradigmas.⁵

³ Algorithms and Competition. November 2019. Autorité de la concurrence e Bundeskartellamt. Disponível em <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf>. Acesso em: 27 mai 2021.

⁴Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0022_PT.html em 27/05/2021. **Adaptar a concorrência à era digital:** (...) 23. Exorta a Comissão a rever as regras relativas às fusões e aquisições e a reforçar a ação «antitrust», bem como a ter em conta os efeitos do poder de mercado e da rede associados aos dados pessoais e financeiros; insta, em particular, a Comissão a tratar o controlo desses dados como um indicador da existência de poder de mercado em conformidade com as suas orientações sobre o artigo 102.º do TFUE; convida a Comissão a retirar ensinamentos da fusão entre o Facebook e o WhatsApp e a adaptar os seus critérios em conformidade; propõe, por conseguinte, que todas as concentrações no mercado desses dados estejam sujeitas a uma declaração informal prévia; 24. Solicita à Comissão que reveja o conceito de «abuso de posição dominante» e a doutrina das «infraestruturas essenciais» para garantir que cumpram a sua finalidade na era digital; sugere que se efetue uma análise mais ampla do poder de mercado no que se refere aos efeitos de conglomerado e de guardião do acesso, para combater o abuso de posição dominante dos grandes operadores e a falta de interoperabilidade; insta a Comissão a realizar uma consulta das partes interessadas para refletir sobre a evolução da economia digital, incluindo a sua natureza multifacetada;

⁵ DOMINGUES, Juliana; GABAN, Eduardo (2019). Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “neo-brandeisiano” in, *Revista Justiça Do Direito*, 33(3), 222-244. Disponível em: <https://doi.org/10.5335/rjd.v33i3.10429>. Acesso em: 24 mai 2021.

Apesar dos posicionamentos doutrinários divergentes, é certo que a extraordinária concentração econômica vivida na era digital em diversos setores da economia mundial associado à eficácia irracional dos dados⁶ acendeu um novo alerta sobre a gravidade da concentração do poder econômico e sobre os efeitos desses monopólios e oligopólios para os consumidores, na medida em que o poder econômico dessas empresas associado ao acesso privilegiado de dados e informações privadas, agora geridos por máquinas dotadas de inteligência artificial, permitem a discriminação de preços de primeiro grau, cobrando de cada cliente o preço máximo (preço de reserva) que ele está disposto a pagar. Nesse caso, o vendedor maximiza seus lucros pela captura de todo o excedente do consumidor.”⁷

A combinação entre o desenvolvimento tecnológico e a detenção de informações sobre os consumidores acabaram por permitir que as empresas que detêm os *robo-sellers* possam fazer a precificação dos produtos, conforme a utilização das informações de consumo detidas pelas *black boxes* algorítmicas⁸, praticando a cobrança pelo preço de reserva dos indivíduos e não pelo preço de equilíbrio, capturando o excedente do consumidor e modificando a lógica da concorrência perfeita.

É fato que os robôs formulam os preços de forma imediata e autônoma, assim como não resta dúvidas de que toda a responsabilidade antitruste e toda a estrutura de *enforcement* prevista nas legislações nacionais e internacionais (art. 36 da Lei nº 12.529/2011, art. 101 TFEU e arts 1º e 2º Sherman Act) somente alcançam os seres humanos. Também parece indubitável que o fato de um robô “abaixar” imediatamente o preço de um produto quando ciente de que o seu concorrente rival o diminuiu, em última *ratio*, fará com que não haja quaisquer incentivos em se diminuir os preços dos produtos por quaisquer dos concorrentes. A tendência natural, se não houver

⁶ FRAZÃO, Ana *et all.* Black Box e o direito face à opacidade algorítmica *in* Direito Digital e Inteligência Artificial: diálogos entre Brasil e Europa / A. Barreto Menezes Cordeiro... [et al.]; coordenado por Felipe Braga Netto... [et al]. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 29.

⁷ ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. Bumblebee Antitruste? A Inteligência Artificial e seus impactos no direito da concorrência, cit., 2019, p. 449.

⁸ [a]s black boxes algorítmicas são o resultado da aplicação crescente da tecnologia de inteligência artificial combinada ao tratamento de grande volume de dados *in* FRAZÃO, Ana *et all.* Black Box e o direito face à opacidade algorítmica *in* Direito Digital e Inteligência Artificial: diálogos entre Brasil e Europa / A. Barreto Menezes Cordeiro... [et al.]; coordenado por Felipe Braga Netto... [et al]. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 32.

qualquer intervenção por parte da autoridade de defesa da concorrência, é a de que os preços fiquem cada vez mais distantes dos preços competitivos, haja um aumento excessivo dos lucros por aqueles que se beneficiam da ação dos robôs e que se aumente expressivamente a desigualdade social entre ricos e pobres.

No âmbito desse contexto, surge a infração à ordem econômica de discriminação de preços, onde se extrai o excedente do consumidor, na medida em que os algoritmos, baseados nas informações dos consumidores (*big data*), conseguem processar e alcançar o preço de reserva do consumidor.

Parece inevitável, portanto, que as mudanças tecnológicas operadas pela revolução digital nas economias mundiais exigirão, num futuro não tão longínquo, a atualização das legislações antitruste, do ponto de vista material e processual, a fim de permitir que a colusão operada via robôs possa ser efetivamente punida pelas autoridades concorrenciais.

A questão não está, a princípio, na previsão de tipos legais de infração à ordem econômica, mas na combinação entre o exercício abusivo do poder econômico via precificação dos algoritmos com a identificação da responsabilidade antitruste, seja de quem criou o algoritmo seja de quem se beneficia da cobrança do preço de reserva, extraindo o excedente do consumidor.

Desse modo, nos parece que o grande desafio do antitruste do século XXI, pois, é o de identificar se a inteligência artificial e as *machine learnings*, de fato, provocam um dano ao consumidor⁹; em segundo momento, verificar como a precificação por algoritmos (lineares ou *black boxes*) tem a potencialidade lesiva de causar danos ao consumidor com a cobrança do preço de reserva ou de preços semelhantes aos praticados por monopolistas, em terceiro lugar, avaliar quais seriam os caminhos ou as possibilidades para se evitar ou contornar essa prática e, em um quarto momento, analisar se a legislação antitruste poderia prever a responsabilização daqueles que, de fato,

⁹ Isso porque as práticas de *geopricing* e *geoblocking* violam o princípio da neutralidade da Internet. Por essa prática – *geopricing* – tem se entendido que “[a]s empresas de tecnologia da informação se valem dos algoritmos para processar grande quantidade de dados, sendo certo que a estrutura de código dos algoritmos contém instruções programadas para que a tecnologia facilite a disponibilidade das ofertas adequadas aos consumidores conforme seu perfil. Já o *geoblocking* é definido como o conjunto de práticas comerciais que impedem que determinados consumidores possam acessar e/ou comprar determinados bens ou serviços oferecidos por intermédio de uma interface online, com fundamento na localização *on line* do cliente.”⁹

se beneficiam da captura do excedente de recursos cobrados pelo preço de reserva ou equivalentes aos preços de monopólio. Há muito trabalho pela frente.

Sobre a estupidez de Robert Musil e o combate as fake news: qual é a roupa da verdade?

Rachel Pinheiro de Andrade Mendonça

Elvino de Carvalho Mendonça

As sociedades estão em constante transformação. As rupturas paradigmáticas decorrem da evolução das descobertas científicas pelos seres humanos e é inegável que a sociedade em rede traz incontáveis benefícios para a humanidade, tendo grande destaque a fluidez, a rapidez e a facilitação da troca de conhecimentos e experiências em tempo real. Dentre inúmeras modificações produzidas com o novo paradigma tecnológico, o modo de comunicação entre os seres humanos, considerados globalmente, teve especial impacto.

Até o advento da sociedade das plataformas e sua efetiva implementação por meio da utilização massiva dos aparelhos digitais e, notadamente, smartphones aliada à implantação de aplicativos de redes sociais, a produção do conteúdo da mídia era restrito aos meios tradicionais de comunicação, como emissoras de televisão, de rádio ou de jornal/revistas escritas, cujos parâmetros de atuação eram regulados pela Lei de Imprensa nº 5.250/1967.

Com a criação da internet e a possibilidade de comunicação instantânea via transmissão de dados, o modo de se comunicar mudou radicalmente, acelerando a transmissão do conhecimento e, por consequência, o poder de manipulação da informação que, diga-se de passagem, não é um fato novo. As notícias do outro lado do mundo chegam em tempo real em qualquer recanto do planeta e toda a humanidade passou a ter conhecimento e ser diretamente influenciado e/ou ter seus comportamentos induzidos sobre tudo o que acontece ao redor desse mesmo mundo instantaneamente.

Primeiro, foi a vez da criação da World Wide Web (www) e de duas ferramentas fundamentais para a sua plena utilização que foi o código HTML e o protocolo HTTP por Berners-Lee. Em seguida, vieram os aparelhos eletrônicos que permitiram a conexão em teia, como os computadores, celulares, tablets etc. Após essa inovação, foi a vez da criação das redes sociais e, essas sim, acabaram por implementar a comunicação instantânea e em rede, de notícias verdadeiras e falsas, propagadas pelos bem-intencionados no exercício do direito constitucional à liberdade de expressão e pelos mal-

intencionados que utilizam dos mecanismos tecnológicos existentes, muitas vezes potencializados por robôs, para distorcer a realidade dos fatos e o real sentido do que seja liberdade de expressão.

Nesse contexto, é inegável que as Fake News já têm produzido impactos estardalosos na jovem redemocratização brasileira. Os propaladores de Fake News utilizam os mecanismos tecnológicos em benefício próprio e, na grande parte das vezes, justificam as suas ações sob o manto do direito constitucional à informação e da garantia constitucional à liberdade de expressão.

O grande desafio do Estado é o de separar o joio do trigo. Liberdade de expressão não garante direitos à propagação em massa de notícias falsas e, também não se configura como um direito absoluto que permita divulgar qualquer notícia, de qualquer modo.

No entanto, dada a velocidade e a difusão da criação de conteúdos e a velocidade e o alcance da transmissão dessas informações, muitas vezes “viralizadas”, como separar o que é verdade e o que é mentira? Como criminalizar opiniões antidemocráticas? Qual a diferença entre uma opinião, onde o certo e o errado cada ser humano tem o seu, de uma Fake News?

Segundo Robert Musil “sobre a estupidez”, “[n]ão há nenhum pensamento importante que a estupidez não saiba aplicar, ela se move em todas as direções e pode vestir todas as roupas da verdade. A verdade, ao contrário, tem apenas uma roupa em qualquer ocasião, um só caminho, e sempre está em desvantagem. A estupidez a que nos referimos aqui não é uma doença mental, porém a doença mais perigosa da mente, perigosa para a própria vida.”¹

É preciso, pois, abordar os impactos da desinformação sobre a higidez da democracia, notadamente, produzida e alardeada em grande escala por meio da divulgação massiva de notícias fraudulentas (Fake News) via *whatsapp*. É preciso analisar quais seriam os melhores caminhos a serem perseguidos pelo próprio Estado com o objetivo de refrear a avalanche de informações falsas que distorcem a realidade dos fatos e acabam induzindo a população a comportamentos antidemocráticos e, ao fim e ao cabo, produzem um impacto negativo ainda maior que é o de embaralhar os reais significados do direito constitucional à informação e da garantia fundamental da liberdade de expressão.

A democracia está em erosão e não está à venda. O Estado precisa agir para conter os abusos de poder econômico (não só das *big techs*, mas também daqueles que propagam *Fake News*), sob pena de se perder a noção do

¹ MUSIL, Robert. Sobre a estupidez. 3.ed. Áyiné: Belo Horizonte, 2020, p. 44.

certo e do errado e acabar por esfacelar o bem mais precioso da humanidade que é a liberdade de agir, pensar e de comunidade, isenta de qualquer indução de comportamentos, como uma conquista democrática das nações.

The Impact of the Global Methane Pledge on the Brazilian Beef Industry

Marcio de Oliveira Junior

Following the Glasgow Climate Change Conference (COP 26), Brazil and 104 other countries signed the Global Methane Pledge. Methane emissions reduction is important for curbing global warming, as methane causes approximately 80 times more warming than the same amount of carbon dioxide¹. Brazil committed to reducing 30% of its methane emissions by 2030. However, should Brazil accomplish this commitment, its large beef industry must adapt, as livestock is the heaviest methane emitter in the country².

Due to its large bovine herd (220 million cattle, equivalent to 14% of the bovine global herd), Brazil is the fifth largest methane emitter in the world. In 2020, it emitted almost 402 million metric tons of CO₂ equivalent (MMT_{CO2E} - around 2% of total world emissions). The heaviest methane emitter in Brazil is agriculture, which accounts for 78% of total emissions. Livestock, on its own, is responsible for 75% (300 MMT_{CO2E}) of the country's methane emissions (primarily from enteric fermentation and manure management). Therefore, to achieve a 30% reduction below the 2020 levels, livestock emissions must fall sharply.

According to Embrapa (The Brazilian Agricultural Research Corporation), it is necessary to reduce bovine herd enteric fermentation to address methane emissions in Brazil. For instance, dietary supplements can diminish fermentation and thus lower gas output. JBS, the largest Brazilian meatpacker, is adding a quarter-teaspoon of a feed additive to 30 thousand cattle that inhibits the enzyme responsible for producing methane. Shortening the lifespan of the cattle also leads to the reduction of methane emissions, as

¹ See: [Why methane cuts pledged at COP26 may be key to meeting climate goals \(nationalgeographic.com\)](https://www.nationalgeographic.com).

² Brazil is a key player in the world beef market. The country produced around 10 million tons of beef in 2020, 17% of world production. Brazil is the world's largest beef exporter. Its foreign sales amounted to 2 million tons in 2020, 15% of global beef exports. See: [Pesquisa da Pecuária Municipal | IBGE, ABIEC – Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carnes, Top beef exporting countries 2020 \(worldstopexports.com\)](#) and [Brazil is the world's fourth largest grain producer and top beef exporter, study shows - Portal Embrapa](#).

the same body mass is reached in less time. This depends on techniques such as genetic alterations and bettering the quality of pastures³.

All these alternatives depend on the deployment of innovations and imply higher production costs. Unless meatpacking companies can pass these higher costs on to consumers, there may not be incentives to adopt techniques that will result in lower methane emissions. Thus, it is important to investigate whether consumers will agree to pay higher prices for “climate friendly beef”. A recent paper by Lucchese-Cheung et al. (2021)⁴ sheds light on this issue, as they investigate whether Brazilian consumers are willing to pay more for carbon neutral beef (CNB).

Embrapa has set up a producers’ certification scheme in which beef producers not only adhere to CNB method of production, but also to a guaranteed quality standard. The certification is aimed at assuring consumers of high-quality carbon neutral beef, a market innovation (Alves 2015, *apud* Lucchese-Cheung et al. 2021). In fact, the CNB is an attempt to further differentiate beef by adding a characteristic that makes it possible for consumers to compare CNB and non-CNB and decide whether to pay more for carbon neutral beef.

According to Lucchese-Cheung et al. (2021), communication campaigns are vital for a large consumer base to be willing to pay a higher price for carbon neutral beef. However, the results of advertisement campaigns are uncertain, not to mention that they are sunk costs⁵. Hence, there is no guarantee that meatpackers will spend to advertise carbon neutral beef. If they do not, it is less likely that consumers will pay more for CNB. Consequently, producers may decide not to incur the higher costs necessary to produce carbon neutral beef and, as a result, the reduction of methane emissions can be compromised.

Lucchese-Cheung et al. (2021) investigate domestic consumers’ responses to an innovation (carbon neutral beef). However, Brazil is a relevant exporter, which makes it important to investigate whether foreign consumers are willing to pay higher prices for carbon neutral beef (CNB). In the case that they are, and Brazilian firms do not supply it, competitors may do so and

³ See: [Global Methane Initiative](#)

⁴ Thelma Lucchese-Cheung, Luis Kluwe de Aguiar, Lilian Cunha de Lima, Eduardo Eugênio Spers, Filipe Quevedo-Silva, Fabiana Villa Alves & Roberto Giolo de Almeida (2021) Brazilian Carbon Neutral Beef as an Innovative Product: Consumption Perspectives Based on Intentions’ Framework, *Journal of Food Products Marketing*, 27:8-9, 384-398.

⁵ See: [Sunk Cost Definition \(investopedia.com\)](#)

therefore divert demand from Brazilian beef exporters. As a result, domestic firms would lose market share. Moreover, some countries may adopt carbon border taxes, which makes it even more costly and risky not to invest in methane emissions reduction.

Furthermore, the cost of capital for the Brazilian meatpackers may increase should they not invest to reduce greenhouse gases emissions. A recent episode helps to illustrate it. Inter American Development Bank (IADB) has blocked a USD 200 million loan for Marfrig, the second largest Brazilian meatpacker. The alleged reason was that Marfrig did not comply with IADB's sustainability policy. This episode is interesting, as Marfrig was going to use the money to finance its Plan Green + (Plano Verde +), which aims at ensuring sustainability alongside its supply chain⁶.

Thus, there seems to be a dilemma. For ranchers and meatpackers to access low-cost capital, such as green bonds or sustainability-linked bonds, they must invest in sustainability. However, to do so, they must have access to low-cost funding. If they do not, they may not invest.

It is believed that the global carbon market can help solve this dilemma. By reducing methane emissions, ranchers and meatpackers would sell carbon credits to companies who need offsets to reduce emission targets. By doing so, their revenue would increase. However, the role of carbon markets for methane emissions is not clear, as there have not been issuances and, therefore, the return on the investment is not known⁷⁸.

Furthermore, full traceability of ranches that supply livestock into the supply chains is essential for the carbon credit market to work. Although Brazilian largest meatpackers trace cattle sellers, they are not fully traceable. Consequently, it is difficult to accurately estimate the amount of methane reduction and, consequently, the carbon credits to be sold.

Summing up, there is a lot of uncertainty regarding how to fund the methane emissions reduction and the industry transition to “climate friendly beef”. The potential competition faced by Brazilian exporters should be sufficient for the public sector to step in and launch financing schemes.

⁶ See: [BID decide cancelar empréstimo à Marfrig | Agronegócios | Valor Econômico \(globo.com\)](#)

⁷ See: [Cop26 methane pledge needs "money and muscle" - \(capitalmonitor.ai\)](#)

⁸ Mootral, a Swiss agriculture technology company, claims to have issued the first carbon offset credits for cattle methane emissions reduction. See: [Carbon credits issued for cow methane reduction in potential world first | S&P Global Commodity Insights \(spglobal.com\)](#)

Additionally, there are negative externalities⁹ associated with greenhouse gases emissions, such as methane, which justifies public policies for reducing them.

There are two public policies addressing this issue in Brazil: The National Plan for Low Carbon Emission in Agriculture (ABC Plan¹⁰) and The Zero Methane Program¹¹. The ABC Plan has the goal of reducing greenhouse gases emissions in agriculture. Regarding funding, it offers low-cost loans up to USD 1 million (BRL 5 million) per fiscal year. The Zero Methane Program was recently launched and offers funding for activities related to methane reductions, such as the sustainable use of biomethane¹². It also aims at setting up the legal framework for developing a carbon market for methane emissions reduction.

Given the costs and uncertainties related to the transition to a “climate friendly beef industry”, it is difficult to predict whether these public policies will be enough for enabling it. Meatpacking and livestock companies’ incentives to invest in methane reduction will also be key to enabling this transition. These incentives, on the other hand, depend on their ability to pass higher costs on to prices. However, given the uncertainty regarding the ability to charge higher prices for “climate friendly beef”, and as the Global Methane Pledge is not binding, companies might not invest, which can result in a market failure. To avoid it, Brazil should consider reinforcing the public policies and legally enforcing its reduction commitments as part of the efforts to reduce methane emissions and thus start overturning its image as a climate villain.

⁹ See: [Externality Definition & Examples \(investopedia.com\)](https://www.investopedia.com/terms/e/externality-definition/)

¹⁰ See: [Plano ABC - Agricultura de Baixa Emissão de Carbono — Português \(Brasil\) \(www.gov.br\)](https://www.gov.br/planabc/)

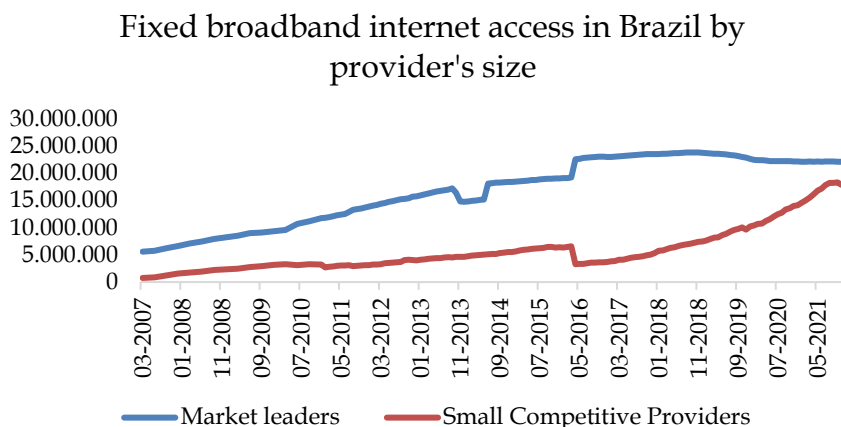
¹¹ See: [MinutaProgramaMetanoZero.pdf \(www.gov.br\)](https://www.gov.br/minutaprograma/pt-br/assuntos/programa-metano-zero/)

¹² According to [An introduction to biogas and biomethane – Outlook for biogas and biomethane: Prospects for organic growth – Analysis - IEA](https://www.iea.org/publications/freemove), “biomethane (also known as “renewable natural gas”) is a near-pure source of methane produced either by “upgrading” biogas (a process that removes any CO₂ and other contaminants present in the biogas) or through the gasification of solid biomass followed by methanation”.

The Brazilian fixed internet market.

Marcio de Oliveira Junior

The fixed broadband internet market structure has change dramatically over the last decade. Technological innovations have led to the fall of the costs of building fiber optic networks, enabling small carriers to enter the market. By offering high speed services, they have challenged the current market leaders (Claro, Vivo and Oi)¹. As a result, the small competitive providers' market share has grown significantly. In December 2011, the small competitive carriers' share was 18,4%. In November 2021, their share had risen to 44,7%. See the graph below.



Although well-known companies such as Brisagnet and Predialnet have successfully entered the market, they are not the only ones. According to Teleco, a Brazilian telecom consultancy, there were more than 15 thousand small competitive internet providers in 2020.

Therefore, the market structure is an oligopoly with a competitive fringe. This fringe has been increasingly rivaling Claro, Vivo and Oi.

¹ Small competitive providers of broadband fixed internet services are all the carriers except market leaders Claro (America Movil), Vivo (Telefónica) and Oi. See teleco.com.br

ANATEL's (Brazilian telecom regulator) 2020 report on fixed broadband internet² presents plenty of evidence of the rising rivalry imposed by this market fringe.

According to ANATEL, the small providers' joint market share is larger than the leaders' in 19 Brazilian states (out of 27 states in Brazil). Moreover, the small competitive carriers lead the market in 3.5 thousand Brazilian cities (there are around 5.5 thousand cities in Brazil).

As the market share of small providers increased, market concentration measured by the Herfindahl-Hirschman Index (HHI) fell to under 1,500 in 2021. This is the threshold used by CADE's (Brazilian competition agency) merger guidelines to consider a market non-concentrated and ANATEL's target HHI for the fixed broadband internet industry. There is some doubt on whether such a low HHI is sustainable.

ANATEL's data show that the rivalry imposed by the market fringe benefits consumers. Fiber optics access grew sharply after 2017 and is currently the main technology (17 million accesses), which means consumers have access to higher speeds and larger bandwidths. For instance, access with speeds higher than 34 Mbps prevailed in 2020 (21.4 million accesses).

Consumers are also benefited by the large number of providers. In 3,019 cities, there are 5 to 8 providers. In 945 cities, there are 9 to 12 providers, and in 848 cities there are more than 12 providers.

ANATEL's report has no public data on prices. Nevertheless, data from other sources shows that the average price of 1 Mbps in Brazil fell from BRL 21 in 2010 to BRL 7 in 2014³. The prices continued to fall after 2014, reaching BRL 3.50 per 1 Mbps in 2018⁴. These figures are consistent with the fact that, keeping the price elasticity of demand constant, there is a positive correlation between profit margins $[(P - CMg)/P]$ and the degree of market concentration (HHI). As HHI fell following the expansion of small providers, one should expect lower margins. As it is unlikely that marginal costs have risen, lower prices are expected.

² See [Relatório de banda larga fixa 2020 da Anatel revela que em 3,5 mil municípios do País mercado é liderado pelas prestadoras de pequeno porte — Português \(Brasil\) \(www.gov.br\)](http://www.gov.br)

³ See [Preço da banda larga fixa cai 72% em cinco anos no Brasil, afirma Anatel - TeleSintese \(telesintese.com.br\)](http://telesintese.com.br)

⁴ See • [Fixed-line internet price in Brazil 2018 | Statista](https://www.statista.com)

Higher speeds, larger bandwidths, greater variety of suppliers and lower prices allow for the conclusion that consumers have benefited from the growth of the competitive fringe. Despite these benefits, the current market structure and ANATEL's HHI target of 1,500 does not seem a plausible equilibrium, as the market leaders and the larger fringe firms have an incentive to buy the smaller firms. Therefore, a wave of mergers and acquisitions (M&A) is expected.

A simple model of an oligopoly with a competitive fringe helps to explain why consolidation is expected⁵. We must assume that prices are set by the market leaders and that the fringe firms are price takers. The fringe's supply (Q^f) is given by equation 1. The higher the prices set by the leaders, the greater the supply of the fringe ($Q^{f'}(p) > 0$).

$$\begin{aligned} Q^f &= Q^f(p) \\ Q^{f'}(p) &> 0 \end{aligned} \tag{1}$$

Market demand and the leaders' residual demand are given by equations 2 and 3, respectively.

$$\begin{aligned} Q^M &= Q^M(p) \\ Q^{M'}(p) &< 0 \\ Q^D(p) &= Q^M(p) - Q^f(p) \end{aligned} \tag{2}$$

$$\tag{3}$$

According to equation 3, should the leaders increase their prices, their demand would fall for two reasons. First, market demand will fall following a price increase, as $Q^{M'}(p) < 0$. Second, the fringe firms will increase their supply, as $Q^{f'}(p) > 0$. The larger the supply elasticity of the fringe firms, the greater their supply (Q^f)⁶ and the lower the residual demand of the leaders

⁵ The model is based on Church, Jeffrey & Ware, Roger. Industrial Organization: A Strategic Approach. Irwin McGraw-Hill, 2000.

⁶ The supply elasticity of the fringe depends on the marginal costs curves of the companies that comprise it. The flatter the marginal cost curves, the greater the fringe's

$[Q^D(p)]$. Thus, the fringe increases the demand price elasticity of the leaders and undermines their market power.

To avoid the market power erosion by the competitive fringe, the leaders could invest to reduce their marginal costs and prices, making the fringe production unprofitable. Should they succeed, the fringe supply (Q^f) can be zeroed. In such a case, according to equation 3, the demand of the leaders will equal the market demand⁷, their price elasticity of demand will be lower and their market power higher.

There are problems with this strategy: it is costly, and it relies on the premise that all the leaders will pursue it. But unless they coordinate, there is no guarantee they will follow the same strategy. This can happen, for instance, due to cost differences amongst the leaders.

An alternative strategy for the leaders is to acquire the firms of the fringe. This strategy does not necessarily imply coordination, especially if the leaders learn that they lose sales to the fringe when they raise prices.

Consequently, market leaders have an incentive to acquire the firms that comprise the fringe. By doing so, they will be able to reduce their demand price elasticity, to raise their market power and their profit margins. This is the reason why the current market structure will probably change.

According to industry experts, there will be a market consolidation soon⁸. Candidates to lead it are the market leaders, equity funds, Tim and the larger fringe firms whose cost of capital is low.

As the current market structure clearly benefits consumers, should CADE and ANATEL block this consolidation? Not necessarily. First, efficiency is a key issue, as the M&A transactions can prevent costly overlapping networks and foster network sharing. Second, networks can be complementary, which is another source of efficiency gains. Finally, consolidation does not inevitably imply the elimination of the fringe and a resulting classical oligopoly. Therefore, the regulators must be aware that the fringe has been benefiting consumers and, as a consequence, prevent its elimination.

elasticity of supply, its capacity to absorb demand deviations following price increases by the leaders and, therefore, to undermine their market power.

⁷ There is no predation in this strategy if the leaders' prices are higher than their marginal costs.

⁸ Please see Guilherme Felitti's podcast available at: [O impacto do "boom" de banda larga no Brasil profundo – Manual do Usuário \(manualdousuario.net\)](http://manualdousuario.net)

Failing Firm Defense: uma proposta de screening test

Marcio de Oliveira Junior

Luiz Alberto Esteves

Failing Firm Defense

A saída de uma empresa do mercado decorrente de sua falência pode implicar a diminuição da oferta e o aumento de participação de mercado das empresas sobreviventes, que, assim, aumentarão seu poder de mercado. Ademais, a *failing firm defense* reconhece que objetivos para além da concorrência podem ser considerados quando se analisa uma aquisição, entre os quais o de manter os ativos de uma empresa em estado falimentar em uso, de modo a garantir o emprego dos fatores de produção. Em assim sendo, a reprovação da venda de uma empresa pode causar prejuízos maiores que a aprovação, ainda que a venda seja feita para um concorrente com poder de mercado.

Do ponto de vista econômico, a doutrina é consistente com o princípio da eficiência, que pode ser aferida comparando-se os efeitos da saída da empresa em estado falimentar do mercado com aqueles decorrentes de sua aquisição, ainda que por um concorrente com poder de mercado. A saída da empresa em situação falimentar do mercado pode fazer com que seus ativos tenham outro uso, com menor valor social, ou fiquem ociosos, sem gerar emprego e renda. Em ambos os casos, haveria perda de bem-estar. A questão, portanto, seria estimar qual dos efeitos seria menor.

No entanto, a doutrina não prevê o sacrifício da concorrência a qualquer custo em prol da manutenção da operação dos ativos da empresa em situação falimentar. Na verdade, a doutrina propõe critérios objetivos para orientar a escolha a ser feita pela autoridade de concorrência ao avaliar essa possibilidade. Esses critérios foram incorporados aos guias para análise de fusões e aquisições usados pelas principais autoridades de concorrência.

O *Horizontal Merger Guidelines* de 2010 dos órgãos antitruste dos EUA (*Federal Trade Commission* e *US Department of Justice*) estabelece três exigências para a aplicação da doutrina: 1) a empresa adquirida deve estar prestes a falir, ou seja, incapaz de cumprir suas obrigações financeiras no curto prazo; 2) as perspectivas de recuperação da empresa que está sendo vendida devem ser inexistentes ou muito remotas, de acordo com o disposto no *Bankruptcy Act*; 3) não deve haver outros compradores para a empresa em estado falimentar

ou para seu estoque de ativos; não havendo a aquisição da empresa em estado falimentar, seus ativos sairiam do mercado, gerando desemprego de capital e trabalho.

Na Europa, o *Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings* prevê que a *failing firm defense* será usada de forma excepcional. Três critérios são especialmente relevantes para seu uso: 1) a empresa em situação falimentar sairia do mercado em um futuro próximo devido a dificuldades financeiras caso não fosse adquirida; 2) não há alternativa de venda da empresa com menor impacto concorrencial; 3) na ausência da aquisição, os ativos da empresa em situação falimentar sairão do mercado.

O Guia para Análise dos Atos de Concentração Horizontal (Guia H) do CADE também trata da doutrina da empresa em situação falimentar, chamando-a de teoria da empresa insolvente. São três as condições cumulativas para a aplicação dessa teoria: 1) a empresa sairia do mercado caso reprovada a operação; 2) se a operação for reprovada, os ativos da empresa alvo não permaneceriam no mercado, causando uma possível redução da oferta e um maior nível de concentração, com consequente queda de bem-estar; 3) a empresa alvo deve demonstrar que buscou alternativas de venda com menor impacto concorrencial e que não há alternativa para se manter no mercado a não ser a aprovação da operação.

As condições para aplicação da doutrina nos três guias são similares e restritivas. Além disso, o ônus da prova cabe ao vendedor, que deve mostrar à autoridade de concorrência que se esforçou para obter compradores alternativos. Mas, principalmente em um período de forte retração econômica, um concorrente com poder de mercado pode ser o único interessado em adquirir a empresa em estado falimentar, por conhecer bem o setor de atividade, o que reduz os riscos da compra, e/ou pela necessidade de consolidação do mercado decorrente da queda da demanda. Nesse caso, o requisito de busca de um comprador alternativo que represente um menor impacto concorrencial pode nunca ser alcançado, inviabilizando a aplicação da *failing firm defense*.

No caso brasileiro, há uma restrição adicional, que torna o padrão probatório ainda mais oneroso ao vendedor. Essa restrição decorre da seguinte afirmação contida no Guia H do CADE:

“... o requisito de efeitos líquidos não-negativos deve ser preenchido. É dizer que o CADE deve concluir que os efeitos antitrustes decorrentes da reprovação da operação (e da, acredita-se, provável falência da

empresa) seriam piores que a concentração gerada pela operação. O ônus da prova da existência desses elementos recai sobre as requerentes”.

Depreende-se dessa passagem do Guia H que o vendedor tem que provar ao CADE que os efeitos líquidos não são negativos, o que é bastante desafiador e pode impedir que a doutrina seja usada.

As restrições são rígidas e o ônus da prova é alto porque se trata de uma situação excepcional. No entanto, em um período de grave retração econômica como o que se avizinha, a doutrina da empresa falimentar tende a ganhar relevância. Para ter parâmetros sobre seu uso, as empresas que nela julgam se enquadrar poderiam buscar amparo na jurisprudência, mas são poucos os casos em que a *failing firm defense* foi usada. Seguem três exemplos sob a vigência da Lei nº 12.529/2011.

A compra da PSUAPE e da CITEPE (subsidiárias da Petrobras) pelo Grupo Petrotomex¹ foi impugnada pela Superintendência Geral (SG) do CADE com recomendação de aprovação mediante acordo, o que foi feito pelo Tribunal do órgão. O então Conselheiro João Paulo de Resende apresentou voto vogal em que discutiu o argumento de *failing firm*.

O voto vogal reconheceu a dificuldade financeira das empresas que foram vendidas, mas afastou a aplicação da doutrina da empresa falimentar ao questionar o argumento de que só havia um interessado nos ativos, que teria sido o único requisito demonstrado pela vendedora (Petrobras). Para o ex-Conselheiro, o desenho dos processos de venda afeta o número de interessados. Como os concorrentes diretos valorizam mais os ativos à venda, suas ofertas serão maiores, desestimulando a participação de entrantes. Com base nesse argumento, o voto vogal propôs que as evidências apresentadas pela vendedora de que não havia vários compradores potenciais deveriam ser afastadas.

Embora o voto vogal tenha sido vencido, isso mostra como o padrão probatório para se aprovar uma aquisição com base na *failing firm defense* é restritivo.

Outro exemplo que ilustra o quão restritivos são os critérios da doutrina da empresa falimentar é a venda da Mataboi para a JBJ², em que foi elaborado um parecer do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE afastando a aplicação da doutrina para a aprovação da aquisição. O

¹ Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32.

² Ato de Concentração nº 08700.007553/2016-83.

parecer da DEE/CADE afirma que, apesar de a Mataboi estar em recuperação judicial e de suas dificuldades financeiras, não houve a comprovação de que o plano de recuperação era inviável e que ela sairia do mercado sem a venda para a JBJ.

Em relação à possibilidade de outros compradores, o DEE/CADE afirmou que a vendedora deve provar (por meio de propostas públicas ou particulares críveis, por exemplo) que não houve outros interessados. Além de listar todos os interessados, a empresa deveria ainda fundamentar a rejeição caso não aceite alguma proposta com menor potencial de dano concorrencial. Como essa prova não foi feita, considerou-se que o critério de inexistência de compradores alternativos não foi cumprido.

O Tribunal do CADE corroborou a posição do DEE/CADE e concluiu que a doutrina da empresa em situação falimentar não se aplicava à operação de venda da Mataboi.

O terceiro exemplo que vale ser mencionado é a aquisição de controle da Neobus pela Marcopolo³, que detinha 45% do capital social da empresa alvo e adquiriu os 55% restantes. As requerentes da operação informaram ao CADE que a operação viabilizaria a continuidade das atividades produtivas da Neobus, pois a empresa se encontrava em má situação financeira. Ressaltando que não estava aplicando a *failing firm defense* e que recuperação judicial da Neobus não foi analisada, a SG/CADE afirmou que não podia “deixar de considerar a situação econômica da empresa e a participação de 45% já detida pela Marcopolo” em seu capital social.

Portanto, a lei de defesa da concorrência não prevê um rito especial para empresas em situação falimentar, a jurisprudência é escassa e as condições previstas nos guias são restritivas e corretamente previstas para situações excepcionais. Além disso, os poucos casos em que a doutrina da empresa em situação falimentar foi discutida mostram que o ônus da prova é das empresas requerentes. Ainda, os precedentes não permitem às empresas ter informações precisas sobre qual padrão de provas é esperado pela autoridade, gerando incerteza. Nesse sentido, considerando que esta é uma crise excepcional e que a venda para concorrentes pode ser uma alternativa de saída do mercado para várias empresas, seria útil o CADE fornecer aos jurisdicionados algumas diretrizes sobre como lidar com a *failing firm defense*.

É com base nisso que propomos um mecanismo de *screening* que poderia ser adotado pela autoridade de concorrência para caracterizar a situação falimentar das empresas e a possibilidade de usar a *failing firm defense*.

³ Ato de Concentração nº 08700.002084/2016-14.

Com isso, as empresas teriam uma diretriz para saber quando é viável levar essa tese ao CADE, ainda que, por suposto, não consigam saber previamente se ela será aceita, pois isso depende da análise concorrencial a ser feita.

Uma Proposta de Screening Test para Failing Firm Defense

Começemos pelas seguintes premissas: os agentes econômicos tomam decisões de investimento em condições de risco e incerteza. Por isso, projetam diferentes cenários para exercícios envolvendo fluxos de caixa, tais como a taxa interna de retorno (TIR) e o valor presente líquido (VPL). Isso ocorre porque muitas das variáveis que constituem os fluxos de caixa são aleatórias, tais como receitas e despesas futuras. O investidor também constrói cenários de estresse, bem como planos de contingência para mitigar eventuais riscos, de modo a assegurar a atratividade mínima do negócio.

Contudo, choques adversos imprevisíveis e exógenos, de grande magnitude, chamados de *cisnes negros*, podem proporcionar resultados muito piores que os inicialmente projetados pelos agentes econômicos quando da decisão pelo investimento. Situações do tipo *cisnes negros* são excepcionais e devem ser tratadas como tal.

Não parece um absurdo sugerir que um investidor que tenha incorrido em uma perda real decorrente de choques adversos muito superior àquela que seria normalmente esperada em uma análise estressada de investimento liquide sua posição de forma não estratégica (*no-exit strategy*), ou seja, se desfça de seus ativos sem que os lucros esperados tenham sido realizados. Em uma situação do tipo *cisne negro*, tais ocorrências podem se tornar comuns. A questão passa a ser, então, como identificar as situações de *no-exit strategy* por meio de um *screening test*. É o que propomos a seguir.

Nosso objetivo é apresentar uma proposta para o caso de empresas que tenham (i) sofrido impactos negativos; (ii) queiram se desfazer de ativos de forma não estratégica (*no-exit strategy*); (iii) e que a operação de venda seja objeto de escrutínio pela autoridade antitruste. A proposta de *screening test* é composta de cinco passos:

- 1- A autoridade de concorrência determina qual é o marco do evento adverso.
- 2- Coletar informações da empresa que liquida os ativos (vendedora, ou alvo) para um período anterior ao marco. Por exemplo, coletar uma série histórica de variáveis de resultado, como as margens brutas ou receitas brutas mensais nos últimos cinco anos, pelo menos;

- 3- A partir dos valores das distribuições das variáveis selecionadas, computar valores extremos negativos (V_{extremos} , que são *thresholds* distantes da média) que poderiam ser considerados em um cenário de estresse para uma análise de investimento com aquelas informações. Existem métodos alternativos de se obter esses *thresholds* a partir de uma distribuição estatística;
- 4- Coletar informações da empresa que liquida os ativos para o período que sucede o marco. Trata-se das mesmas variáveis do segundo passo. Computar os valores médios das variáveis de interesse para o período pós-marco ($V_{\text{realizado}}$).
- 5- Subtrair o valor médio obtido no quarto passo do valor estressado (*threshold*) obtido terceiro passo ($\text{Variável de Interesse} = V_{\text{realizado}} - V_{\text{extremo}}$).

Um valor negativo da *Variável de Interesse* significa que a média observada pós-marco foi menor que o valor extremo negativo da distribuição anterior ao marco. A empresa, em função da crise econômica, está em uma situação pior que o extremo negativo que ela planejou quando fez o investimento. Nesse caso, a venda da empresa poderia ser encarada como uma saída não estratégica (*no-exit strategy*), pois a saída de um investidor ou empresa dos negócios em uma situação de estresse geralmente está associada a perdas inesperadas e exógenas que inviabilizariam a continuidade nos negócios. Em outras palavras, haveria uma evidência robusta de que a empresa à venda está em uma situação falimentar, e de que a sua venda (saída do mercado) não tem objetivos estratégicos (*exit strategy*), como, por exemplo, a realização de lucros.

Em adição a esses cinco passos, é importante que o CADE considere indicadores adicionais, como, por exemplo, a análise do Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI). Se a *Variável de Interesse* for negativa e se a análise do HHI indicar mercados moderadamente concentrados, o CADE poderia considerar a análise da operação tomando como base a *failing firm defense*.

Considerações Finais.

Há algumas vantagens em se usar um mecanismo de *screening*. O CADE poderia reduzir a incerteza que cerca o tema *failing firm*. As próprias empresas poderiam fazer os cálculos e decidir se elas usarão o argumento. Como o número de empresas em dificuldade tende a crescer, a autoridade

antitruste pode se beneficiar disso, pois as empresas que não atingirem as condições estabelecidas no teste acima saberiam de antemão que o CADE não aceitaria o argumento da empresa em situação falimentar. Além disso, essa metodologia seria aplicada a todos os setores de atividade, e não apenas àqueles que sofrem mais com a crise. Usando o mesmo critério objetivo, o CADE afastaria qualquer argumento de que privilegia alguns setores ou empresas e de que faz política industrial. Além disso, como a economia é cíclica, o mesmo mecanismo de *screening* poderia ser utilizado no futuro. Outra questão importante é que o CADE teria um critério objetivo de análise caso seja questionado por algum órgão de controle no futuro.

Há ainda outro ponto a destacar: para uma empresa provar que está em situação falimentar, ela deve mostrar que enfrenta problemas de fluxo de caixa por um longo período antes de sua venda. No entanto, um choque adverso como o atual é uma quebra estrutural, ou seja, ele pode deteriorar as condições financeiras de uma empresa que não necessariamente vinha tendo problemas no passado. Em outras palavras, o conteúdo informacional do passado cai e deixa de ser um bom previsor para o futuro. Nossa proposta contorna esse ponto, pois propõe como base de comparação um limite inferior de uma distribuição de probabilidade.

Em suma, considerando a gravidade da crise econômica, a expectativa de que muitas empresas irão enfrentar dificuldades financeiras, que a venda para concorrentes poderá ser uma alternativa de saída não estratégica do mercado e que há muita incerteza em relação à aplicação da *failing firm defense*, sugerimos que um mecanismo de *screening* como o que propomos seja adotado pelo CADE.

Por último, mas não menos importante, destacamos que esse é um instrumento para ser usado em situações excepcionais, do tipo *cisne negro*, quando há uma forte retração da economia.

Para além da anterioridade e da base de cálculo: o que mais a LC 190 pode ter feito?

Fabio Luiz Gomes

Rodrigo Tomiello da Silva

Paulo Henrique Garcia D'Angioli

José Guilherme Fontes de Azevedo Costa

Com o advento da Lei Complementar nº 190/2022 (LC 190)¹, publicada no Diário Oficial da União (DOU) de 05/01/2022, foram promovidas as necessárias alterações na Lei Complementar nº 87/1996 (LC 87 ou “Lei Kandir”) para adaptá-la à previsão constitucional instituída pela Emenda Constitucional nº 87/15 (EC 87).

Tratava-se, como muito já se escreveu sobre o tema², de cumprimento de condição imposta pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para instituição do diferencial de alíquota nas operações interestaduais dirigidas a consumidores finais (sejam eles contribuintes ou não).

Diversas polêmicas surgiram, como a questão do respeito à anterioridade³ e a aparente antinomia entre a LC 190 e o recente Convênio CONFAZ nº 236/2021⁴ no que diz com a fixação da base de cálculo para o DIFAL – se simples ou dupla⁵.

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp190.htm

² <https://www.migalhas.com.br/depeso/357455/sem-a-publicacao-de-lc-em-2021-difal-fica-para-2023>

<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/difal-do-icms-e-sancionado-pelo-presidente-jair-bolsonaro-05012022>

<https://www.conjur.com.br/2022-jan-11/miguel-aprovacao-tardia-plp-322021-polemica-icms>

³ <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/difal-de-icms-regra-valeria-2022-04012022>

⁴ https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2021/cv236_21

⁵ <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/difal-de-icms-empresas-planejam-ir-a-justica-contr-a-cobranca-em-2022-07012022>

Essas questões, naturalmente, têm levado os contribuintes à justiça, e o chamado “manicômio tributário”⁶ segue a todo vapor, agora já em sua faceta mais terrível: o da insegurança na busca da tutela jurisdicional que, pela falta de linearidade em suas decisões – ora favoráveis a uns, ora desfavoráveis a outros⁷ –, pode gerar distorções concorrenciais de imensa monta.

Já tentamos ofertar nossas contribuições para as discussões sobre anterioridade da LC 190⁸ e acerca da arbitrariedade no exercício da função jurisdicional (que não se confunde com a sagrada independência funcional diga-se)⁹.

Nesta oportunidade, interessa-nos deflagrar conversas a respeito de se houve, com a LC 190, a alteração do conceito de “contribuinte de ICMS” desenhado pela jurisprudência do STF¹⁰ e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

⁶ <https://www.conjur.com.br/2022-jan-12/fernandes-icms-difal-manicomio-juridico-tributario-brasileiro>

⁷ <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/empresas-conseguem-notisp-direito-a-nao-recolher-difal-do-icms-de-imediato-12012022>

<https://www.conjur.com.br/2022-jan-12/justica-paulista-decisoes-conflitantes-cobranca-difal>

⁸ <https://www.migalhas.com.br/depeso/357698/por-que-o-difal-nao-pode-ser-cobrado-pelas-ufs-de-destino-em-2022>

⁹ <https://www.conjur.com.br/2022-jan-06/opinioao-boate-kiss-temas-tributarios-quem-guarda-guardiao>

¹⁰ RE 559.936 AgR / CE – Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI - Julgamento: 09/11/2010 - Publicação: 25/11/2010 - Órgão julgador: Primeira Turma

EMENTA: TRIBUTÁRIO. ICMS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL. EMPRESA DA CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREGO EM OBRA. INSUMOS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. I – As empresas da construção civil – por serem, em regra, contribuintes do ISS – que adquirirem materiais em Estado com alíquotas de ICMS mais favoráveis, ao empregarem essas mercadorias como insumos em suas obras, não estão obrigadas a satisfazer a diferença da alíquota maior do Estado destinatário. Precedentes. II – Agravo regimental improvido.

A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski.

para efeitos de aplicação do DIFAL, especialmente na tese repetitiva nº 261¹¹ e na súmula STJ nº 432¹².

A jurisprudência da Corte Superior caminhava mansamente na direção de que não bastava, para configuração de “contribuinte”, que dada pessoa jurídica tivesse um cadastro no sistema de ICMS estadual (inscrição estadual); era necessário averiguar se, de fato, havia a prática mercantil reiterada das hipóteses de incidência do ICMS¹³.

A Constituição desta aspirante a República (CRFB/88), em seu artigo 155, §2º, XII, “a”, indica que, para o ICMS, “*cabe à lei complementar definir seus contribuintes*”. Por óbvio, não se trata de um cheque em branco; a definição deverá observar os aspectos naturais da matriz de incidência tributária.

Sob pena de desnaturar a hipótese de incidência e a elementos basilares de sujeição passiva fiscal, não podemos admitir a definição, como contribuinte de ICMS, contemplando alguém que não demonstre capacidade contributiva e/ou não pratique nem tenha qualquer conexão razoável e concreta com a prática efetiva do fato gerador do referido imposto.

Feito o *disclosure*, assumamos, neste momento e para fins do iminente debate, a plena viabilidade de uma lei complementar definir os contribuintes de ICMS. Partindo dessa premissa, temos que a LC 190 alterou a LC 87 (esta, a lei geral sobre ICMS à qual faz referência a regra constitucional).

Em seu artigo 4º, a LC 87/96, elenca os contribuintes de ICMS sob o *caput* de ser “*qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.*”

A LC 190/22, ao trazer uma nova redação ao §2º do referido artigo, atende ao suscitado pelo STF e amplia/reestrutura, aparentemente consoante

¹¹ “*As empresas de construção civil não estão obrigadas a pagar ICMS sobre mercadorias adquiridas como insumos em operações interestaduais.*”

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1135489

¹² <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2154491/nova-sumula-432-do-stj-dispoe-que-as-empresas-de-construcao-civil-nao-estao-obrigadas-a-pagar-icms-sobre-insumos-adquiridos-em-operacoes-interestaduais>

¹³ <https://www.conjur.com.br/2011-mai-29/construtoras-nao-pagar-icms-insumos-obras-terceiros>

os moldes da EC 87/15¹⁴, o conceito original e informa o seguinte acerca dos contribuintes de DIFAL em operações interestaduais a consumidores finais:

“§ 2º É ainda contribuinte do imposto nas operações ou prestações que destinem mercadorias, bens e serviços a consumidor final domiciliado ou estabelecido em outro Estado, em relação à diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a alíquota interestadual:

I - o destinatário da mercadoria, bem ou serviço, na hipótese de contribuinte do imposto;

II - o remetente da mercadoria ou bem ou o prestador de serviço, na hipótese de o destinatário não ser contribuinte do imposto.”

Com a reconstrução desse conceito e a necessidade de tratamento integral ao tema DIFAL, foi ainda editado o Convênio CONFAZ 236/21. Ao cabo, cada unidade federativa (UF) deve disciplinar, por lei própria, a questão. Entende-se, majoritariamente, que apenas a construção final desse bloco permitirá a legítima cobrança do DIFAL introduzido pela EC 87/15.

Com tamanhas alterações normativas, é – lamentavelmente – justo presumir que poderá se reinstalar toda a discussão que outrora havia sido pacificada no STJ e no STF: quais os requisitos, além dos normativos de cada UF, para que se configure dada pessoa como contribuinte de ICMS?

Será possível, nessa circunstância de tão profundas modificações, que cada UF legisle sobre o tema a seu bel prazer e, eventualmente, entender que para ser contribuinte basta a inscrição estadual, como parece indicar a cláusula sexta do Convênio 236/21?

“Cláusula sexta. A critério da unidade federada de destino e conforme dispuser a sua legislação tributária, pode ser exigida ou concedida ao contribuinte localizado na unidade federada de origem inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS.”

Essa redação, nos parece, viabiliza que de modo unilateral cada UF de destino possa gerar o problema original e, pela via da exigência de cadastro

¹⁴ <https://taxpratico.com.br/pagina/lc-190-2022-regulamenta-cobranca-do-difal-nao-contribuinte>

estadual, colocar novamente em xeque se esse cadastro bastaria à qualificação como contribuinte, ainda que na UF de origem a pessoa em questão não seja considerada como tal.

Aqui, soaria fundamental, e preferencialmente instituídos em Convênio CONFAZ, que se construíssem critérios objetivos e lineares para tanto. O primeiro deles, em apoio à segurança jurídica, seria o de que uma determinada pessoa não pode – como no conhecido caso das empresas de construção civil – ser considerada contribuinte pela UF “A”, mas não o ser pela UF “B”.

Assentada essa base, outros elementos de objetividade seriam muito bem-vindos para evitar que toda a discussão se dê tendo como paradigma apenas a jurisprudência correlata às empresas de construção civil.

É certo que a resposta outrora dada pelo STF e STJ ao tema considerava um arcabouço constitucional diferente¹⁵ e um bloco de qualificação de contribuinte gramaticalmente diverso do que se avizinha, mas a leitura conferida parte de elementos de realidade e de adequação à regra matriz de incidência do imposto – que, materialmente, entendemos serem hígidos; não sofreram alteração substancial.

Compreendemos, portanto, que (i) o entendimento do STJ deve prevalecer, pois se ampara em elementos da regra matriz de incidência tributária e (ii) certamente, sob o pálio da cláusula sexta do Convênio, poderá a ocorrer uma nova onda conflitos federativos em que uma UF considera o mesmo perfil de pessoa contribuinte em seu território e não contribuinte no território de outra UF.

Temos que a extensão subjetiva de contribuinte para pagamento de ICMS envolve inexoravelmente três conceitos: “operação”, “circulação” e “mercadoria”, e possui como elemento de interseção os seguintes requisitos: habitualidade e intento lucrativo.

Neste sentido, a projeção é que de um lado tenhamos um alienante praticando atividade mercantil e do outro haja um adquirente, em conjunto coordenados de atos dentro inseridos no contexto de um circuito econômico, por ser um tributo plurifásico.

Esse delineamento jurisprudencial, como dito, parte da própria Constituição quando estabelece que se trata, o ICMS, de um imposto sobre circulação, dado que esse conceito é fixado no direito empresarial. Em uma

¹⁵ REsp 1.851.300/RJ – Relator: Min. Francisco Falcão - Julgamento: 02/03/2020 - Publicação: 04/03/2020 – Decisão monocrática; REsp 1.135.489/AL – Relator: Min. Luiz Fux – Julgamento: 09/12/2009 – Publicação: 01/02/2010 – 1ª Seção

análise interpretativa semiológica sobre o destinatário padrão-contribuinte, o legislador ordinário não pode fugir aos conceitos estabelecidos na CRFB/88.

Essa bilateralidade legislador-contribuinte em relação aos conceitos impõe o dever de coadjuvação, isto é, não haver qualquer alteração conceitual constitucional por parte do legislador ordinário, sob pena de contrariedade ao princípio da confiança. A obediência à lógica constitucional se impõe na medida em que se trata aqui de conjunto de normas oriundo do poder constituinte originário, que fixa limites materiais ao legislador derivado e aos infraconstitucionais. Afinal, os textos ainda dizem algo, pois não?

Foi nesse sentido que caminhou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, ao exigir os requisitos da habitualidade e onerosidade para conceituar o contribuinte de ICMS. No caso vertente, caso se tente extrair ideia diversa de uma legislação infraconstitucional, tal leitura se mostraria incuravelmente inconstitucional.

Entre tantos problemas, dúvidas e desafios trazidos pela LC 190/22, chamamos atenção a esse risco acerca da própria condição de contribuinte, eminentemente para pessoas jurídicas que tenham cadastros estaduais por motivos – muitas vezes – apenas procedimentais/instrumentais.

Se fossem verdadeiros os argumentos das autoridades fiscais estaduais¹⁶, nascidos da inconformidade com a não conversão do PLP 32/21 até 31/12/2021, apontando que a EC 87/15 promoveu apenas uma repartição de receita tributária¹⁷, a solução seria verdadeiramente mais simples.

As palavras “e se” ganham um contorno pueril, haja vista a necessidade de se viver em apenas uma realidade e tratar dos problemas efetivamente existentes. Mas, ao abrirmos essa porta, a curiosidade nos estimula a seguir.

Em primeiro lugar: considerando a estrutura da EC 87/15 e o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5469/DF e no Tema de Repercussão Geral (TRG) nº 1093, seria possível demandar da LC 190 alguma regulamentação dando tratamento apenas financeiro, isto é, de repartição de receita entre as UFs?

Parece-nos inexoravelmente negativa a resposta, na medida em que o STF, ao conhecer do tema, entendeu que a EC 87/15 trabalhou no plano tributário (isto é, entre contribuintes e UFs), e não apenas no plano financeiro

¹⁶ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/anterioridades-difal-de-icms-muito-barulho-por-nada-25012022>

¹⁷ <http://www.sefaz.am.gov.br/noticias/ExibeNoticia.asp?codnoticia=25311>

(ou seja, entre UFs), gerando uma nova relação entre o não contribuinte e a UF de destino.

Da mesma forma, e ainda ancorados no decidido pelo STF, se não podemos conviver com uma leitura diferente da EC, por princípio normativo hierárquico simples certamente não podemos aceitar que convênios, lei complementar federal ou lei de cada UF trate do tema como se fosse apenas uma repartição de receitas.

O único “e se” normativamente admissível, portanto, seria a EC 87/15 trazer consigo uma carga axiológica nuclear totalmente diversa, estatuinto – como fez em seu artigo 2º, acrescentando ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) – um artigo 99 com teor meramente financeiro.

Para o argumento dos fiscos ser verdadeiro, a EC não poderia promover a alteração da sujeição ativa e passiva de ICMS como fez; deveria manter intacta a norma original e tão somente dispor quanto ao compartilhamento das receitas quando de operações interestaduais destinadas a consumidores finais – fossem eles contribuintes ou não.

Nossa pretensão, ao trabalhar nesse cenário hipotético, é reforçar a inadequação total dos argumentos das Secretarias Estaduais de Fazenda. Reforçamos e insistimos, que textos dizem algo e não cabe a intérpretes ocasionais fixar novos sentidos às palavras em um mesmo contexto.

Evitemos, pois o efeito Humpty Dumpty, pois se regressarmos à essência do Direito Tributário, perceberemos, sem maior esforço, que as limitações ao poder de tributar são originadas e mantidas como direitos e garantias fundamentais a serem exercidas contra o arbítrio e o abuso de poder estatal. A fixação livre do sentido pelo intérprete, seja autêntico ou não, é a queda da primeira barricada contra o despotismo, atentemo-nos, pois.

Se queremos tornar o Brasil um país sério, devemos trabalhar da base para o ápice; a lição número um está em irrigar a responsabilidade política e gerar coordenação hábil e eficiente de todos os poderes e entes da Federação para dar nascimento a normas que sejam efetivamente cumpridas.

Sem isso, seguiremos sendo este país pouco apegado à retidão e à boa técnica; uma terra das oportunidades... mas apenas para os oportunistas.

Regra “*per se*” no direito antitruste brasileiro: um grande erro

Eduardo Molan Gaban

Desde o surgimento do sistema brasileiro de defesa da concorrência, é possível observar uma forte influência dos conceitos norte-americanos na sua estruturação. Por exemplo: para a avaliação da ocorrência de um ilícito antitruste no Brasil, sistematizaram-se duas metodologias “importadas” do direito norte-americano para a análise de casos concretos: a regra da razão e a regra “*per se*”. A diferença entre essas duas regras reside na quantidade de informação necessária antes da tomada de uma decisão pelo tribunal administrativo.

A partir da aplicação do padrão analítico “*per se*”, a conduta é considerada ilícita independentemente do contexto em que foi praticada, sendo desnecessária a análise de estrutura de mercado e de poder econômico do agente. Referida regra determina que, uma vez configuradas certas práticas, o ato poderá ser julgado como ilegal sem qualquer necessidade de aprofundamento das investigações¹.

Por meio da metodologia da razão, por sua vez, a conduta não pode ser, de pronto (ou pela mera identificação de sua existência), considerada ilícita. Esta regra apenas considera ilegais as práticas que restrinjam a concorrência de forma não razoável, sem justificativa. Em sendo aplicável esta regra, para que se chegue a uma conclusão sobre a ilicitude ou não da conduta, é necessária uma avaliação completa e detalhada de todas as circunstâncias envolvendo o caso sob análise, com verificação dos efeitos líquidos negativos para a concorrência, para que somente então seja considerada anticoncorrencial.

Muito embora a importação destes conceitos dos EUA possua inegável utilidade prática no processo de aplicação de leis antitruste, antes da simples adoção de tais padrões de forma automática é necessário avaliar se haveria substrato de validade jurídica no Brasil. Nesse sentido, infelizmente, não há disposição normativa no ordenamento jurídico brasileiro, muito menos na Lei Antitruste, que incorpore a regra “*per se*” e permita sua utilização nos

¹ GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito antitruste. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 96.

procedimentos administrativos sancionadores ou mesmo nos processos judiciais.

A Lei nº 12.529/11 dispõe, em seu artigo 36, *caput*, que as condutas anticompetitivas a serem submetidas ao julgamento pressupõem uma análise de efeitos. Em que pese a lei não defina expressamente sobre a aplicabilidade da regra “per se” ou da razão, a interpretação que se extrai é a de que qualquer análise a ser feita pelo CADE não pode se ancorar em presunções e deve, necessariamente, avaliar os efeitos decorrentes da prática. Nesse sentido, se aproximaria mais da regra da razão, em que é necessária a demonstração dos efeitos em um caso concreto.

A explicação para a utilização da análise “per se” nos casos de cartéis *hard core* reside no fato de que, ainda que fosse feita uma análise pela regra da razão, esta sempre resultaria em um efeito líquido social negativo, pois a premissa é da existência do poder de mercado e de ser nulo qualquer efeito compensatório em cadeias industriais concentradas em seus diferentes elos. Assim, justifica-se a análise dos cartéis *hard core* sob a ótica “per se” pela alegada economia processual.

Se em tese o argumento seduz, na prática ele é inviável segundo o sistema jurídico brasileiro, sobretudo por carecer de qualquer previsão legal para tanto. Sua inaplicabilidade fica ainda mais evidente quando consideramos a natureza penal da norma dispositiva contida no art. 36, da Lei Antitruste. Sendo assim, por mais sedutor que seja ao aplicador da norma adotar o padrão “per se” para casos de cartéis clássicos, é imprescindível que seja demonstrada a posição dominante no caso concreto (não apenas a presunção em função da participação de mercado), além é claro de demonstrar-se e provar-se o envolvimento dos acusados e os efeitos negativos de suas práticas.

Por mais cristalina que seja a hermenêutica nesse tema, lacunas e inconsistências marcam a jurisprudência do CADE sobre a questão: o cartel clássico deve ser analisado sob a regra da razão, sob a regra “per se” ou, ainda, como infração por objeto?²

Como ponto de partida, notamos louvável resistência de alguns Conselheiros na importação acrítica de ideias de ordenamentos estrangeiros, os quais não coadunam com a realidade brasileira e tampouco com os parâmetros constitucionalmente estabelecidos. Como exemplo, podemos citar o voto condutor da interpretação jurídica segundo a qual a legislação nacional não adota a tese da infração “per se”, proferido pelo Conselheiro Marcos Paulo

² Trataremos desse tema em outro artigo.

Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.006923/2012-18³. No mesmo sentido, o voto do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis no Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02⁴ ressalva explicitamente a diferença de tradução entre as duas realidades (brasileira e norte-americana).

Tem prevalecido, entretanto, a aplicação da regra “per se” como padrão para aplicar a Lei Antitruste para os casos de carteis clássicos. A dispensa de necessidade de demonstração do poder de mercado para além do simples quadro da estrutura de oferta com as indicações de *market share*, bem assim da apuração dos efeitos propugnada pela regra “per se” - que “corta o caminho” de uma análise mais completa para uma presunção *iuris et de iure* do poder de mercado dos agentes – tem predominado nas notas técnicas da Superintendência-Geral⁵ e também nas decisões do Tribunal do CADE.

³ “30. Mencionado trecho do guia europeu (o Guidelines on the Application of 101(3) TFEU (formerly Article 81(3) TEC), no qual se inspirara) deixa claro que a presunção de ilicitude que acompanha as condutas anticompetitivas pelo objeto é baseada na experiência, no conteúdo do acordo e na sua alta probabilidade de prejudicar o bem coletivo protegido pela lei. Contudo, trata-se apenas de uma presunção *iuris tantum*, e não significa que se esteja adotando uma ficção absolutamente descolada da realidade, nem uma presunção irrefutável. (...) 99. Tudo isso não significa, evidentemente, que se trate de ‘infração per se’, até porque essa expressão sequer existe na legislação nacional. Em outras palavras, não significa que se trate de presunção *iuris et de iure* de ilegalidade”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006923/2012-18. Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo. Brasília, 20 de fevereiro de 2013.

⁴ “A tentativa de submeter o direito administrativo e econômico brasileiro à prática norte-americana não é um bom método. Esse erro de tradução entre duas realidades legislativa e jurisprudencialmente distintas muitas vezes é a pedra angular da tese segundo a qual a condenação de infrações à ordem econômica, no Brasil, dependeria da efetiva comprovação dos efeitos deletérios da conduta pela autoridade de defesa da concorrência”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.011027/2006-02. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 11 de março de 2015.

⁵ A título exemplificativo, podemos citar um trecho da Nota Técnica nº 23/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE, emitida no PA nº 08012.002414/2009-92, excerto este comumente utilizado pela SG em investigações de mesmo objeto: “171. O resultado prático e útil desta classificação na aplicação da lei antitruste é evidente. Quando uma conduta for considerada anticompetitiva porque possui objeto ilícito, ou seja, sua mera existência a torna ilícita já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais, existe uma presunção de ilegalidade, aplicando-se aquilo que se convencionou chamar de regra per se. Neste caso, repese-se, a mera existência de uma conduta com determinado objeto é anticompetitiva, não sendo necessárias análises

Este posicionamento punitivo/repressivo majoritário não fica imune à críticas. O primeiro exemplo a ser citado é a rejeição da regra “per se” para, ao invés, adotar a teoria da infração por objeto, com a qual também discordamos, como se denota do voto da Conselheira Ana Frazão no Processo Administrativo nº 08012.000261/2011-63⁶. A divergência também se faz presente no voto exarado pelo Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no Processo Administrativo nº 08700.006965/2013-53⁷, em que, entre a escolha pela adoção da regra “per se” ou da razão, preferiu esta última.

posteriores sobre efeitos ou sobre o mercado. (...) 183. Nesse sentido, estando diante de um cartel normalmente basta a comprovação da existência do acordo para sua punição, dispensando a prova acerca da existência de prejuízos efetivos para fins de sua repressão. Assim, nos casos de cartel clássico, a prova da existência do acordo já seria suficiente para sua condenação. Entretanto, a comprovação da existência de outros elementos que caracterizem perenidade e institucionalidade (ainda que potenciais) torna a conduta mais grave, ensejando punição proporcional a esta gravidade. Novamente, dispensa-se, para a caracterização de um cartel como clássico, provas relativas a efeitos ou digressões sobre poder de mercado, bastando a comprovação da existência de elementos de perenidade e institucionalidade. (...) Dessa forma, a utilidade em estabelecer as condições de existência de um cartel clássico, em outras palavras, comprovar se o acordo possui características que demonstrem sua perenidade (ao menos possível) e institucionalização (mecanismos de monitoramento do cumprimento dos objetivos acordados entre seus membros), está não em obter prova necessária para a condenação da conduta, para a qual basta a prova da existência do acordo colusivo, mas sim em determinar a gravidade da conduta e o quantum proporcional de punição”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002414/2009-92**. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Nota Técnica nº 23/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE. Brasília, 8 de março de 2017.

⁶ Neste caso, embora entendendo que a adoção de tabela de preços é conduta ilícita, bastando à sua configuração a divulgação dos preços, sendo desnecessário investigar seus efeitos, reconheceu tratar-se de presunção relativa e não “per se”. Com isso, permitiu-se à defesa o afastamento da ilicitude caso provados os benefícios racionais e legítimos para o comportamento, ou seja, se a sugestão de preços for utilizada para a realização de outro objeto lícito e razoável. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000261/2011-63. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Brasília, 03 de setembro de 2014.

⁷ “25. Considerando a possível divergência sobre a metodologia de análise da influência à adoção de conduta uniforme ou concertada sob a regra ‘per se’ ou sob a regra da razão, adoto postura conservadora e opto pela segunda alternativa. 26. Caso seja analisada pela regra ‘per se’, o próprio escopo da conduta seria suficiente para demonstrar o potencial de lesividade do ilícito. Por outro lado, se adotada a regra da razão, seria necessário aferir a existência de poder de mercado, bem como aferir se os efeitos líquidos da prática seriam favoráveis ou não à concorrência. Diante dessa

Isso ocorre pois, ainda que o atalho da regra “per se” seduza pela praticidade e facilitação da decisão, o ordenamento jurídico brasileiro não permite a formação de um juízo pela autoridade competente sobre determinado caso com base em especulações. Não é possível a presunção, sem dados, fatos e contexto, de que o agente possui poder de mercado, apenas por estar inserido na tabela de estrutura de oferta apresentada pela acusação cuja somatória de *market share* dos acusados de conluio supera 20%.

Não é suficiente para justificar a adoção dessa metodologia o argumento de que a análise “per se” otimizaria o funcionamento e o processamento dos casos tramitando perante a autarquia, na medida em que dispensa a autoridade do exame detido e demorado dos impactos do mercado.

A regra “per se” é incompatível com o sistema jurídico brasileiro, já que este privilegia o princípio constitucional da presunção da inocência e impõe às autoridades de acusação e de decisão a comprovação das práticas e de seus efeitos. Em outras palavras, a presunção insculpida na Constituição Federal de 1988 é pela inocência, não pela existência de poder de mercado que, via de consequência, leva a uma possível existência de ilícito. A adoção da regra per se na investigação e no juízo punitivo leva ao absurdo da prova negativa de autoria e de materialidade, o que é absolutamente inconsistente com a matriz constitucional vigente no Brasil.

Investigar e decidir por intermédio da regra “per se” viola o princípio de que o ônus da prova cabe à acusação, ou de que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, conforme disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal – inquestionavelmente aplicável ao processo administrativo sancionador no âmbito do CADE. Nesse sentido, a presunção da existência de poder de mercado nesse tipo é aceitável apenas para se inaugurar investigações, porém jamais para se impor sanções.

Também não há que se falar em maior segurança jurídica. Na realidade, a aplicação da regra “per se” implica o efeito oposto, vez que aumenta significativamente o risco de *overdeterrence*, que pode culminar em erros do tipo I, e que, via de consequência, pode resultar em injustiças. Além disso, condenações injustas, que não decorrem do devido processo legal ante a

possível dúvida, essa postura conservadora será adotada no caso concreto para averiguar se, mesmo com a consideração de eventuais eficiências da concertação, a prática poderia elevar o bem-estar e culminar na efetiva oferta de melhores condições ao consumidor final”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.006965/2013-53. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, 23 de abril de 2015.

verdade real dos fatos e de seu contexto, levam ao descrédito da sociedade sobre o trabalho da autoridade antitruste.

A este respeito, é digno de nota que Paolo Buccirossi⁸ entende que há três tipos de falhas que podem afetar o sistema de aplicação das normas - ou seu *enforcement*: (i) excesso ou contenção de dissuasão (*over-deterrence/underdeterrence*); (ii) erros tipo I e tipo II (ou falsos positivos e falsos negativos, respectivamente); e (iii) excesso ou contenção de inclusão (*over-inclusion/under-inclusion*). A primeira falha que se verifica na aplicação do direito concorrencial se refere à força do *enforcement*, que é demasiadamente grande com a regra “per se” (*overdeterrence*). A segunda é relacionada à qualidade do sistema de punição, que, pela aplicação da regra “per se”, pode revelar um falso positivo ou erro de tipo I, quando o agente é condenado por infringir uma norma, embora não tenha empreendido uma conduta proibida. A terceira falha é observada quando a norma proíbe uma conduta que em algumas circunstâncias é benéfica (*over-inclusion*).

E, de fato, a regra “per se” traz como consequência a proliferação de inquéritos/procedimentos administrativos muitas vezes infundados, o que resulta em um nível excessivo de repressão. Nestes casos, a coletividade, que é titular do bem jurídico protegido pela legislação concorrencial, se torna vítima da própria execução equivocada da lei.

Em síntese, o que se verifica é que a oposição e disputa entre as classificações da infração antitruste pela análise “per se” e da razão dizem respeito, principalmente, ao nível de segurança jurídica e de economia processual que cada uma das categorias proporciona. Todavia, estas são falsas justificativas, pois não há segurança jurídica em resultados que ferem a ordem constitucional vigente, e a economia processual não deve sobrepor-se aos princípios e direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

É de se notar que a regra “per se” é frequentemente questionada, inclusive, nos EUA, como recentemente indicou a decisão *Sanchez et al. v. United States*, em que aceitou a Suprema Corte daquele país reavaliar a aplicação da regra “per se”. A questão apresentada nesse caso avalia se a aplicação da regra “per se” ao direito antitruste viola a proibição constitucional de instruir os julgadores de que certos fatos presumidamente estabelecem um elemento de crime.

⁸ BUCCIROSSI, Paolo. The Enforcement of Imperfect Rules. 2010. Disponível em: https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2016/03/lear_rp_1_10_1283338320.pdf. Acesso em: 26 jan. 2022. 5-15 pp.

Ao fim e ao cabo, mesmo havendo algum sentido analógico entre os padrões dogmáticos e econômicos de análise entre ambas as jurisdições (EUA e Brasil) no tocante à Política Antitruste, decisões baseadas apenas na regra “per se” são nulas de pleno direito, já que contrariam a Constituição Federal de 1988 e os parâmetros infraconstitucionais contidos nos diplomas aplicáveis aos processos sancionatórios.

Comentários ao regulamento de aplicação da LGPD para agentes de pequeno porte

Eduardo Molan Gaban

Na última sexta-feira (28/01/2022) foi marcada por importantes acontecimentos. O primeiro deles foi a celebração do Dia Internacional da Proteção de Dados Pessoais. Nesta data, comemora-se o dia de 21 de janeiro de 1981, isto é, o dia em que foi firmado a Convenção 108 do Conselho da Europa para Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais.

Esse foi o primeiro tratado internacional com efeitos jurídicos vinculativos firmado entre nações a fim de proteger a privacidade e dados pessoais frente a “abusos que podem acompanhar a coleta e tratamento de dados pessoais”¹ e para regular “o fluxo transfronteiriço de dados pessoais”² diante dos avanços tecnológicos de processamento e automatização desses dados.

O segundo evento marcante da última sexta-feira está intimamente relacionado ao primeiro: o Conselho Diretor da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) publicou a Resolução CD/ANPD nº 2, que aprova o regulamento de aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) para agentes de tratamento de pequeno porte³. Assim, desde o dia 28/01/2022, passa a vigorar esse regulamento em todo o Brasil.

A aprovação deste regulamento não foi uma grande surpresa para a sociedade. Isso porque o projeto deste regulamento foi amplamente discutido e sofreu contribuições ativas da sociedade, seja por meio de Tomada de

¹ Para acesso à íntegra da Convenção 108, *vide*: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=108>. Acesso em: 01 fev. 2022.

² *Id. Ibid.*

³ *Vide* notícia publicada pela ANPD: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/conselho-diretor-aprova-regulamento-de-aplicacao-da-lgpd-para-agentes-de-tratamento-de-pequeno-porte>. Acesso em: 01 fev. 2022.

Subsídios⁴, seja por meio de Consulta Pública e Audiência Pública⁵. Entretanto, isso não quer dizer que a aprovação deste regulamento não estava sendo ansiosamente aguardada pela sociedade. Trata-se de um importante documento que, inicialmente, sinaliza o entendimento e a preocupação da ANPD com a aplicação e com a adequação dos agentes de pequeno porte às regras e princípios da LGPD. E essa preocupação não é infundada, pois, conforme descreveu a própria ANPD, “durante a Tomada de Subsídios realizada por essa Autoridade” foi verificado que há uma “baixa maturidade e a falta de uma cultura de proteção de dados pessoais pelos agentes de pequeno porte que pode dificultar a adequação desses agentes aos ditames da LGPD e, eventualmente, pode inviabilizar sua existência”⁶. Os dados não dizem o contrário⁷.

Assim, a fim de evitar que a LGPD se torne letra-morta e garantir o direito fundamental à proteção de dados pessoais de seu titular, a ANPD publicou o referido regulamento para estabelecer normas e procedimentos simplificados para esses agentes de tratamento de dados. Cumpre aqui, então, ressaltar as principais inovações do novo Regulamento de Agentes de Pequeno Porte.

O Regulamento já inicia respondendo a primeira e intuitiva pergunta: a quem se aplica esse regulamento? Somente aos agentes de tratamento de pequeno porte (art. 1º), que são: microempresas, empresas de pequeno porte, *startups*, pessoas jurídicas de direito privado, inclusive sem fins lucrativos, nos termos da legislação vigente, bem como pessoas naturais e entes

⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/ainda-na-semana-internacional-da-protecao-de-dados-anpd-inicia-tomada-de-subsidios-sobre-microempresa>.

⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/participamaisbrasil/minuta-de-resolucao-para-aplicacao-da-lgpd-para-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte>

⁶ Vide trecho extraído da notícia publicada pela ANPD: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/conselho-diretor-aprova-regulamento-de-aplicacao-da-lgpd-para-agentes-de-tratamento-de-pequeno-porte>. Acesso em: 01 fev. 2022.

⁷ Diversas pesquisas apontam a baixa adesão das pequenas empresas aos termos da LGPD. Vide, por exemplo: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/07/12/lcpd-esta-chegando-mas-adesao-e-baixa.ghtml>; <https://www.lcpdbrasil.com.br/84-das-empresas-brasileiras-nao-estao-preparadas-para-a-lcpd/>; <https://www.sopesp.com.br/2021/07/12/lcpd-esta-chegando-mas-adesao-e-baixa/>.

privados despersonalizados que realizam tratamento de dados pessoais, assumindo obrigações típicas de controlador e de operador (art. 2º, inc. I).

A segunda pergunta é: a quem não se aplica o Regulamento? Basicamente, àquelas pessoas listadas no art. 4º da LGPD⁸ (parágrafo único do art. 1º do Regulamento), aqueles que realizam tratamento de alto risco para os titulares⁹, ressalvada a hipótese prevista no art. 8º do Regulamento, auferam receita bruta anual superior ao limite estabelecido no Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (R\$ 4.800.000,00 – quatro milhões e oitocentos mil reais) ou que pertençam a grupo econômico cuja receita ultrapasse esse limite (art. 3º).

O art. 7º do Regulamento traz as obrigações dos agentes de tratamento de pequeno porte sobre os direitos de titulares, como disponibilizar informações sobre o tratamento de dados pessoais e atender às requisições dos titulares por meio eletrônico, impresso ou qualquer outro que assegure esse direito do titular. É possível também a tais agentes de tratamento, inclusive àqueles que realizam tratamento de alto risco, organizarem-se por meio de entidades de representação para atender reclamações de titulares.

É importante destacar que, no Regulamento, não estão dispostas todas as minúcias dos procedimentos simplificados. Por exemplo, penderá de regulamentação a forma de registro simplificado das atividades de tratamento (art. 9º) e as comunicações dos incidentes de segurança para agentes de tratamento de pequeno porte (art. 10º).

O Regulamento desobriga os agentes de tratamento de pequeno porte a indicar o encarregado pelo tratamento de dados pessoais (art. 11), mas impõe a criação e manutenção de um canal de comunicação com o titular para atender os pedidos destes (art. 11, § 1º). É claro que, se houver a nomeação de um encarregado, isso será considerado fator indicativo de boas práticas e governança para fins do disposto no art. 52, § 1º, IX da LGPD (art. 11, § 2º), que trata exatamente dos critérios de dosimetria das sanções administrativas aplicadas pela ANPD por violações à LGPD.

Outro ponto que será positivamente levado em conta nos critérios de dosimetria das sanções diz respeito à adoção, pelo agente de tratamento de pequeno porte, de medidas administrativas e técnicas para proteção dos dados

⁸ Exemplo: pessoas naturais que realizam tratamento de dados pessoais para fins exclusivamente particulares e não econômico.

⁹ Em seu art. 4º, o Regulamento elenca critérios gerais e específicos para a definição de tratamento de alto risco.

pessoais, bem como a adoção de política simplificada de segurança da informação (art. 12 e 13).

Ainda, o art. 14 do Regulamento dispõe que os agentes de tratamento de pequeno porte terão prazo em dobro para o cumprimento de diversas obrigações, como: (1) no atendimento das solicitações dos titulares referentes ao tratamento de seus dados pessoais, (2) na comunicação à ANPD e ao titular da ocorrência de incidente de segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares¹⁰, (3) no fornecimento de declaração clara e completa e (4) em relação aos prazos estabelecidos nos normativos próprios para a apresentação de informações, documentos, relatório e registros solicitados pela ANPD a outros agentes de tratamento. Quanto aos prazos não estabelecidos neste regulamento, eles serão fixados em regulamentação específica¹¹.

Por fim, é importante mencionar que a ANPD resguardou um relevante poder para si, qual seja, de afastar a aplicação das obrigações dispensadas ou flexibilizadas neste regulamento aos agentes de tratamento de pequeno porte, desde que haja circunstâncias relevantes da situação, como a natureza, o volume das operações e os riscos aos titulares.

Os dispositivos deste Regulamento trazem benefícios relevantes e sensíveis para a aderência desses agentes às normativas da LGPD. Entretanto, ainda pendem algumas regulações, conforme indicado acima, que, certamente, darão melhores instrumentos para esses agentes realizarem um *Compliance* de dados sem incorrerem custos proibitivos, fatores esses essenciais para o desenvolvimento dos atuais negócios adequados às leis.

¹⁰ Neste caso, existe uma exceção quando houver potencial comprometimento à integridade física ou moral dos titulares ou à segurança nacional, de modo que o prazo aplicável será o mesmo daquele dos demais agentes de tratamento.

¹¹ Deve-se destacar que o Regulamento estabeleceu um prazo de até 15 (quinze) dias para os agentes de tratamento de pequeno porte fornecerem a declaração simplificada indicada no art. 19, inc. I da LGPD.

A análise de defesa da concorrência no Brasil: aplicação da Escola Harvard, da Escola de Chicago ou de ambas?

Elvino de Carvalho Mendonça

Certa vez eu fui convidado por um amigo para dar uma aula inaugural no curso de pós-graduação de direito econômico em uma importante universidade brasileira.

Comecei por explicar que o guia de análise de concentrações horizontais brasileiro, americano e da comunidade europeia compreendiam um misto do paradigma Estrutura-Conduta-Desempenho (ECD) e da Escola de Chicago.

Qual não foi a minha surpresa quando o anfitrião mencionou que nunca havia pensado que um instrumento como o Guia brasileiro e outros tantos carregavam consigo tantos fundamentos teóricos e que os pontos de vistas tão antagônicos pudessem conviver em um único documento orientativo.

Aqueles que militam na defesa da concorrência, quer seja submetendo atos de concentração ao CADE quer seja instruindo e julgando os mesmos atos, partem, inexoravelmente, dos mesmos elementos e sempre começam dos mesmos pontos: definição de mercado relevante; análise de posição dominante; avaliação das barreiras, da rivalidade e das condições de entrada; e estudo das eficiências da operação.

Prima facie, estes elementos nada mais são do que a confluência de elementos da escola de Harvard (paradigma ECD) e da Escola de Chicago.

Pois é!! A controvérsia “saudável” entre a escola de Harvard e de Chicago é muito conhecida pelos amantes da defesa da concorrência, mas nem todo mundo se dá conta de que convivemos com as duas escolas na elaboração dos seus afazeres diários. Senão Vejamos!!!

O paradigma ECD, nas próprias palavras de Bain (1951), significa que a estrutura dos mercados (concentração) conduz a condutas nestes mesmos

mercados e o seu desempenho (efeitos preços e quantidades) depende inevitavelmente de quão concentrados são os mercados¹.

A escola de Chicago, por seu turno, inverte a relação de causalidade, afirmando que o desempenho precede a estrutura, o que significa, em apertada síntese, que a concentração de mercado é, na verdade, responsável pelos ganhos de eficiência na economia, uma vez que as empresas com maiores poderes de mercados são aquelas mais capazes de fazerem inovações.

De fato, o Guia de Análise de Concentração Horizontal do CADE é fundamentado no paradigma ECD até o ponto em que se chega à análise de eficiências. Nesta etapa, avalia-se a possibilidade de que as eficiências geradas pela operação contraponham a ampliação da concentração de mercado ou, em outras palavras, que os benefícios das eficiências compensem a eliminação de um concorrente no mercado.

Na verdade, o que é certo é que controle de estruturas no Brasil e em grande parte das jurisdições se utiliza dos ensinamentos da Escola de Harvard e da Escola de Chicago, sendo que a análise sempre começa pelo paradigma ECD da Escola de Harvard e pode, em alguns casos, terminar com a prevalência das eficiências sobre a concentração de mercado postulada pela Escola de Chicago.

Entretanto, vale registrar que a combinação destas teorias em um documento não impede que o CADE adote uma ou outra teoria de forma mais prevalente, pois prevalência depende, em grande medida, da composição do plenário, não sendo fato estranho nem incomum observar, ao longo da história da autoridade de defesa da concorrência brasileira, decisões colegiadas que oscilam entre a Escola de Harvard e a Escola de Chicago.

¹ O paradigma ECD foi dominante nas décadas de 1960, 1970 e 1980 com Bain, Mason, Kaysen e Turner e recebeu o nome de Escola Estrutural de Harvard.

BAIN, J. Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-40. 65 Quarterly Journal of Economics, 293. 1951

BAIN, J. Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries. Harvard University Press. 1956.

MASON, E. Economic Concentration and the Monopoly Problem. 1964.

KAYSEN, C; TURNER, D. Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis. 1959.

O convívio entre o poder regulatório setorial e a análise de conduta anticoncorrencial: o caso da cobrança de valores sobre a movimentação de cargas nos portos brasileiros.

José Américo Azevedo

Catharina Araújo Sá

Como preâmbulo da análise que se pretende, importante visitar algumas asserções:

- i) a agência reguladora independente é uma autarquia especial, sujeita a regime jurídico que assegura a autonomia em face da Administração direta e que é investida de competência para a regulação setorial¹. Sua instituição é justificada não apenas pela necessidade de regulação dos serviços públicos concedidos aos particulares, mas também pela necessidade de controle de determinadas atividades privadas relevantes, destacadas pela lei¹;
- ii) a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq – tem como competência regular, supervisionar e fiscalizar as atividades relacionadas à prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura aquaviária e portuária¹;
- iii) o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade – tem como atribuições analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência, além de investigar, em todo o território nacional, e posteriormente julgar cartéis e outras condutas nocivas à livre concorrência¹; e
- iv) o direito concorrencial e o direito regulatório possuem atuações complementares: enquanto o direito concorrencial abrange todos os setores da economia, a regulação atua de maneira mais restrita em mercados específicos, as agências reguladoras atuam no âmbito de cada setor em que receberam atribuições¹.

Para compreensão e contextualização dos conceitos, peregrinemos pela planície da realidade prática.

O setor portuário brasileiro movimentou em 2020 mais de 1,15 bilhão de toneladas em carga, sendo os principais produtos o minério de ferro, petróleo e derivados, soja, contêineres e milho. Desta movimentação, 810 milhões de toneladas são relativas à navegação de longo curso, divididas em 80% em exportações e 20% em importações¹. É possível verificar, portanto, a relevância do modal na matriz logística do país.

Com esses números superlativos, a operação portuária, no que diz respeito à movimentação intraportos de cargas, adquire uma importância financeira tamanha que se torna pertinente a avaliação dos impactos decorrentes da cobrança das atividades de estiva.

A cobrança de “THC2” (*terminal handling charge 2*) ou “SSE” (serviço de segregação e entrega) é um tema famoso referente ao mercado portuário discutido no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e na Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

O THC é preço cobrado pelos serviços de movimentação de cargas desde o costado da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário no caso da importação e entre o portão do terminal portuário e o costado da embarcação na exportação. O SSE/THC2, por sua vez, incide somente nas importações e diz respeito ao valor cobrado pela movimentação da carga que sai do contêiner na pilha do terminal portuário até outro terminal retroportuário, onde estão os armazéns – de propriedade do operador portuário ou independentes – nos quais a carga será armazenada. Tal serviço está previsto na Resolução Antaq nº 34/2019, que revogou a Resolução Antaq nº 2.389/2012, a qual não deixava claro se o SSE/THC2 já estaria sendo remunerado pelo THC e, portanto, ao ser cobrado novamente, estaria ocorrendo uma dupla cobrança, de onde surgiu a sigla THC2.

A principal mudança trazida pela Resolução Antaq nº 34/2019, foi a previsão para a cobrança de SSE/THC2 de forma expressa, além de afirmar, em seu art. 9º, que na importação o SSE/THC2 “não faz parte dos serviços remunerados pela Box Rate, nem daquelas cujas despesas são ressarcidas por meio de THC”.

Nesse sentido, a nova resolução buscou demonstrar que o serviço de segregação e entrega ou THC2 não seria remunerado pela THC e, portanto, sua cobrança seria legítima, apesar de muitos entenderem que na prática se trata do mesmo serviço e o operador portuário não foi capaz de demonstrar que o THC e o THC2 são serviços distintos. Ademais, a norma legal também

aborda sanções às práticas consideradas abusivas ou ilegais e, nesse sentido, prevê um preço máximo a ser cobrado pelo SSE/THC2.

Após a publicação da Resolução Antaq, ocorreu apenas um julgamento de mérito pelo Tribunal Administrativo do Cade envolvendo a cobrança do referido título¹. Os processos administrativos em andamento no Conselho discutem se a cobrança em função do serviço de segregação e entrega pelo operador portuário tem o condão de gerar efeitos anticoncorrenciais.

O operador portuário é a pessoa jurídica pré-qualificada para execução de operação portuária do porto organizado. Atua, no que concerne à movimentação de cargas no porto, em duas etapas. A primeira delas é descarregar os contêineres dos navios para colocar na pilha e ao realizar este serviço, o operador portuário cobra um valor a título de THC, que não é questionado no Cade. Em um segundo momento, o operador portuário movimenta a carga da pilha até o seu próprio armazém ou armazéns de terceiros. É justamente este segundo momento que é alvo de cobrança do SSE/THC2 e de questionamentos levados ao Cade por empresas que atuam no setor.

Para se compreender a dinâmica adotada pela autarquia, importante se faz abordar alguns posicionamentos proferidos no Processo Administrativo envolvendo a cobrança de SSE/THC2 julgado pelo Tribunal Administrativo em 2021, a fim de verificar como o Conselho se posicionou após a publicação da Resolução Antaq nº 34/2019.

O Conselheiro Relator Luiz Hoffmann, cujo voto apresentado foi o vencedor¹, se manifestou no sentido que os valores da cobrança do SSE/THC2 já estariam sendo remunerados por meio do THC. Destacou que é incontroverso que o operador portuário não cobra quando presta o serviço de armazenagem, ou seja, quando leva a carga para o seu próprio armazém, atuando de forma verticalizada. Ademais, destacou que o operador portuário não demonstrou que incorre em custos adicionais para poder fazer a cobrança de SSE/THC2 dos armazéns de terceiros (recintos alfandegados).

Nesse sentido, concluiu que o operador portuário abusa da posição dominante que detém, uma vez que é monopolista na cobrança de THC e aproveita dessa posição para fazer outra cobrança em duplicidade com caráter discriminatório - o SSE/THC2, sem qualquer justificativa econômica razoável. Ou seja, para o Relator, a Resolução Antaq nº 34/2019 não apresentou fato novo apto a ensejar a mudança de entendimento do Conselho, que já vinha condenando a cobrança de SSE/THC2 antes da vigência da referida Resolução.

Sobre este mesmo julgamento, o voto do Conselheiro Luis Braido¹ acompanhou o Conselheiro Relator Luiz Hoffmann apenas em suas conclusões. O Conselheiro comparou os arts. 9º das Resoluções Antaq nº 2.389/2012 e nº 34/2019¹ e concluiu que os dispositivos permitem as mesmas práticas, ou seja, permitem que o operador portuário abuse de sua posição dominante ao cobrar pelo SSE/THC2. Também destacou que o operador portuário, que atua em posição de monopolista, cobra pelo valor de SSE/THC2 apenas quando presta este serviço para concorrentes e não cobra quando atua de forma verticalizada e essa situação gera efeitos anticoncorrenciais.

Cabe salientar a posição divergente levantada pela Conselheira Lenisa Prado¹. Para ela, o THC e o THC2 são diferentes tipos de serviço e englobam duas relações jurídicas distintas. Enquanto o primeiro trata de uma contraprestação exigida para todos os contêineres que são retirados dos navios, o segundo se refere à movimentação horizontal de cargas apenas para contêineres solicitados e não indiscriminadamente como ocorre com a THC. Assim, para a Conselheira, por se tratar de serviços diferenciados, não ocorre cobrança em duplicidade. Há que se ressaltar, no entanto, que esse posicionamento ficou vencido por não restar comprovada a distinção e individualização das atividades, nem justificativa econômica razoável para a realização da cobrança.

Apesar dos posicionamentos contrários ao Relator apresentados no Tribunal Administrativo, a maioria entendeu que a cobrança do SSE/THC2 pelo operador portuário é uma conduta anticoncorrencial, uma vez que o operador portuário abusa de sua posição dominante para realizar a cobrança. Pode ser observada uma completa assimetria de oportunidades, na medida em que o operador lança mão de estratégia heterodoxa, cobrando a tarifa para transportar a mercadoria para um armazém concorrente e não o fazendo quando suas instalações serão utilizadas, majorando, artificialmente, o custo para a concorrência.

O caso narrado evidencia com clareza a linha tênue que divide as competências da agência reguladora e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Existe, e é indubitável, uma interseção entre as atribuições de cada órgão, uma vez que a regulação setorial, na maior parte das vezes, impacta diretamente na esfera concorrencial, podendo ser o Cade instado a dirimir conflitos causados por ações anticompetitivas.

A priori, doutrinariamente, caberia às agências reguladoras a prevalência em relação à regulamentação da atividade econômica, em homenagem ao princípio da especialidade, como afirma OLIVEIRA:

“Em razão da especialidade, deveria ser reconhecida, em princípio, a competência das agências reguladoras para promoção da concorrência nos setores econômicos regulados, salvo previsão legal em contrário ou celebração de instrumentos jurídicos específicos (ex.: convênios) entre o CADE e as autarquias. Em relação aos serviços públicos, em que não há livre-iniciativa e incidem exigências distintas daquelas encontradas nas atividades econômicas em geral (ex.: exigência de solidariedade etc.), não haveria que falar em atuação do CADE, mas, sim, das agências reguladoras”¹

Outros exemplos de esbarros entre os órgãos podem ser encontrados na dinâmica da economia contemporânea. Vale dizer, à guisa de paradigma, que deve permanecer claro que enquanto as agências tratam de regulação setorial, inclusive em mercados que carecem de concorrência, o Cade, imbuído do espírito de autoridade em defesa da concorrência, deve agir de forma transversal, permeando todos os setores, porém, tão somente, nas circunstâncias em que a competitividade econômica se mostrar ameaçada por uma conduta anticoncorrencial.

Como alento e demonstração de crença no respeito à estrutura institucional do país, merece destaque o Memorando de Entendimentos nº 01/2021 firmado entre o Cade e Antaq, que objetiva a cooperação e atuação integrada entre as autarquias para estabelecer procedimentos que possibilitem a análise de indícios de abusividade e condutas anticoncorrenciais na cobrança de SSE/THC2. A assinatura deste Memorando sugere a possibilidade de eliminar ou, pelo menos, mitigar os conflitos entre decisões das autarquias, trazendo maior segurança para os agentes envolvidos. A estabilidade sobre essa questão, por sua vez, poderá conferir maior equilíbrio ao setor como um todo, tornando-o mais atrativo para investidores e granjeando um maior número de interessados.

Pode-se concluir que a insegurança jurídica, proveniente do conflito de entendimentos entre o Cade e agências reguladoras, pode ser reduzida quando for estabelecida a metodologia para divisão de atribuições, o que facilitaria a caracterização dos casos nos quais se faz necessária a regulação técnica e operacional, bem como aqueles que estariam sujeitos à análise de defesa da concorrência.

Não obstante a existência de competências concorrentes, o que deve ser buscado é a interação e o diálogo interinstitucional, determinando, de forma conjunta, a amplitude da intervenção do Estado na atividade econômica. A partir de uma meta alinhada não somente com as atribuições de cada órgão, mas também – importante – com a política econômica estatal, devem ser

estabelecidas ações individuais e/ou conjuntas com vistas à persecução de um mesmo fim, qual seja, o estabelecimento de um ambiente onde prospere a livre iniciativa e a ampla concorrência visando ao impulso da economia do país.

A síndrome do avestruz: o (des)comprometimento parlamentar com a atividade legislativa em ano eleitoral

José Américo Azevedo

Ana Lúcia Pascon Araújo

Bem amigos, estamos em ano de eleição para presidente, governadores, senadores e deputados. Da mesma forma que sabemos que de quatro em quatro anos temos a Copa do Mundo, pelo menos desde o período pós-redemocratização temos a certeza (?) de que teremos eleições estaduais e federal.

No entanto, embora o país fique – de certa forma – paralisado nesses anos, os problemas infelizmente não sabem que existem eleições, e continuam aparecendo e assombrando a vida de todos. São necessárias, e vamos para a frequente ladainha, reformas estruturais para reorientar o país e colocá-lo, minimamente, no rastro do século XXI.

O que se observa é que as reformas tributária, administrativa e política (verdadeira, não casuística), para ficarmos nas mais discutidas, além da necessária criação de regulamentação nos mais diversos setores para fazer frente às demandas contemporâneas, ficam tramitando morosamente na burocracia, quando não estão acumulando poeira nos escaninhos legislativos. Importante destacar que essas iniciativas são imprescindíveis para destravar não somente a economia, mas todo o funcionamento da máquina estatal e possibilitar um reencontro com o caminho do desenvolvimento.

Está a se falar, sabemos, de processos complexos, nos quais haverá a necessidade de robusta alteração no texto constitucional e na legislação complementar e ordinária. Além disso, o espectro ideológico que encontramos no Congresso Nacional é amplo – benéfico reflexo da democracia –, o que dificulta o consenso e prejudica a celeridade do processo decisório.

Mas essa é a regra do jogo e não uma novidade. O que queremos trazer à reflexão é o empenho e o comprometimento dos parlamentares com as mudanças em ano eleitoral e buscar a verdadeira razão desse comportamento lançando uma provocação: o problema não é o calendário eleitoral e sim a falta de comprometimento parlamentar com mudanças em ano de eleições.

A página eletrônica da Câmara dos Deputados nos brinda com interessantes informações referentes ao processo legislativo e à atuação parlamentar, não personificada, evidentemente, mas através de dados que permitem elaborar singelas análises estatísticas.

A escolha da Câmara do Deputados se deveu à necessária delimitação de espaço para efeitos do artigo, além de ser considerada a Casa representativa do povo brasileiro, ao passo que o Senado Federal, em nosso sistema bicameral, abriga os representantes dos interesses de cada Unidade da Federação. Ademais o universo de 513 parlamentares, muitos em uma primeira experiência eletiva, e representativo do mais amplo espectro da sociedade, nos parece mais compatível com o espírito do texto.

Além disso, quando se fez a análise das proposições que tramitam na Casa, os tipos foram limitados a projetos de lei, projetos de lei complementar e propostas de emendas constitucionais, por se tratar da essência da atividade legislativa, havendo, no entanto, outras modalidades de proposições – administrativas de maneira geral –, não consideradas nos números apresentados.

De partida, há uma percepção de que, em ano eleitoral, a atividade legislativa fica comprometida, devido ao rearranjo político necessário para o enfrentamento das eleições que se avizinham, especialmente se se considerar que cada eleição é regida por uma legislação substancialmente diversa da anterior. Por esta trilha, tem-se a necessidade de definições como partidos, federações, coligações, alianças políticas, nominatas, recursos financeiros para as campanhas, reaproximação com as bases eleitorais nos rincões interioranos, e mais uma gama de temas que preencheriam algumas laudas.

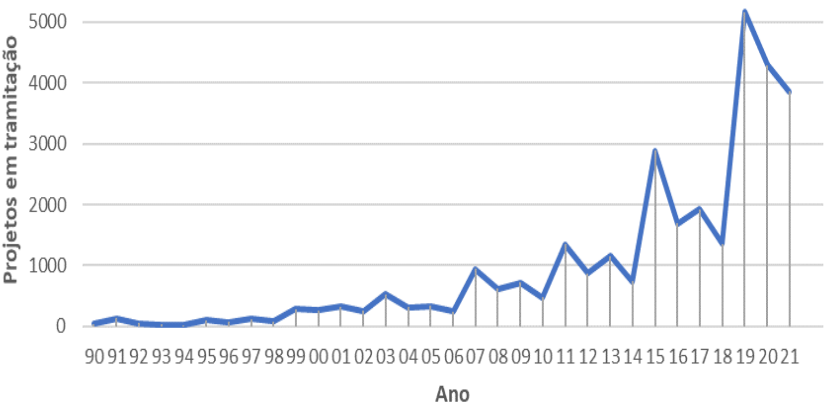
Ocorre que para comprovação de uma hipótese – o que a academia nos ensina com propriedade, embora não se tenha qualquer pretensão acadêmica com este artigo –, é necessária a verificação, através de pesquisas e coleta de informações que trarão consistentes subsídios. Assim, como já dito, a sítio eletrônico da Câmara dos Deputados reúne valiosos elementos de investigação que permite alcançar interessantes conclusões.

Para a análise pretendida, foi determinada a amplitude temporal de 1990 a 2021, pelo fato de ter sido, em 90, a primeira eleição legislativa após a escolha direta do presidente da República após quase três décadas. Dessa forma, imagina-se estar abarcando o período pós redemocratização quando se faz possível extrair comparações verossímeis.

Além disso, imperioso destacar que a atividade parlamentar não se esgota quando da apresentação de um projeto de lei, mas, essencialmente,

quando há uma produção legislativa, ou seja, transforma-se em regramento legal ou constitucional uma ideia ou uma intenção tramitada pelas Casas.

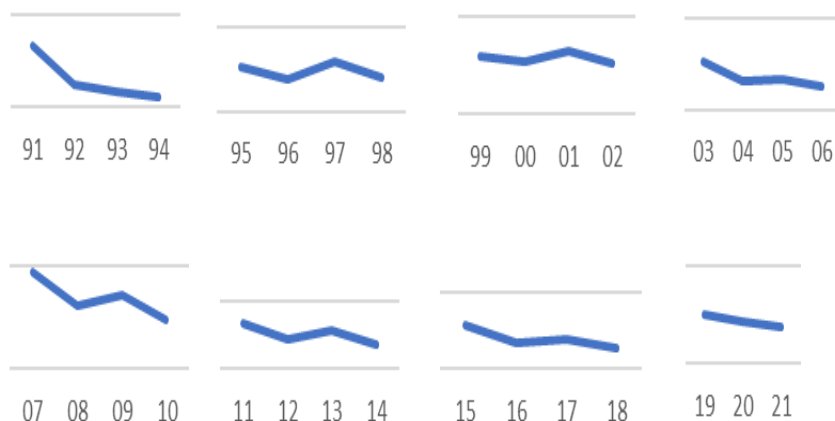
Neste aspecto, podemos observar que a parte propositiva da ação parlamentar teve um aumento exponencial, como se verifica no gráfico a seguir:



Fonte: Portal da Câmara dos Deputados

O que está representado são os projetos em tramitação a cada ano na Câmara dos Deputados. Assim, se em 1990 tramitaram 45 (entre PL, PLC e PEC), em 2019 este número chegou ao inacreditável patamar de 5.156 projetos, demonstrando um afã propositivo que, pela própria quantidade de processos, põe em xeque sua qualidade, o que deve ser ponderado pelo leitor, mas, antes e, principalmente, pelo eleitor.

A curva desenhada pela estatística traz alguns indicativos de extrema importância para o tema abordado. Embora haja uma tendência indiscutível de crescimento do número de propostas em tramitação na Câmara ao longo do tempo, pode-se segmentar o gráfico por legislaturas.



Fonte: Portal da Câmara dos Deputados

Os desenhos apresentados pelos gráficos são sintomáticos em relação à atuação parlamentar ao longo da legislatura. Pode-se observar que no primeiro ano o número de propostas tramitando é o mais significativo do período, demonstrando que os parlamentares, especialmente os eleitos pela primeira vez, demonstram uma produção dinâmica, apresentando projetos de lei e de emendas à Constituição de maneira profusa. No terceiro ano, pode-se observar que há uma espécie de “veranico”, ou seja, um pequeno aumento na tramitação legislativa. Isso se deve ao fato de que vários deputados são eleitos para as prefeituras de suas cidades e uma pequena renovação ocorre no Congresso. Assim, repete-se o fenômeno do primeiro ano da legislatura de forma abrandada.

Porém, e é o tema central do artigo, o último ano do mandato é marcado pelo descompromisso do parlamentar com a tramitação dos projetos, ficando a pauta política dominada pelas eleições, sem que uma atividade legislativa robusta seja levada a cabo.

O que se infere das informações trazidas é que, em geral, o parlamentar considera cumprido seu papel após a apresentação do projeto de lei, fazendo uma devolutiva ao eleitorado acerca de sua atuação, porém responsabilizando o burocrático trâmite processual pelo insucesso na aprovação da proposta apresentada.

Mirando essa argumentação, é possível desconstruí-la ao se verificar o percentual de aprovação dos projetos. Essa proporção é inversamente

proporcional ao aumento das propostas colocadas em tramitação, como pode ser observado a seguir:



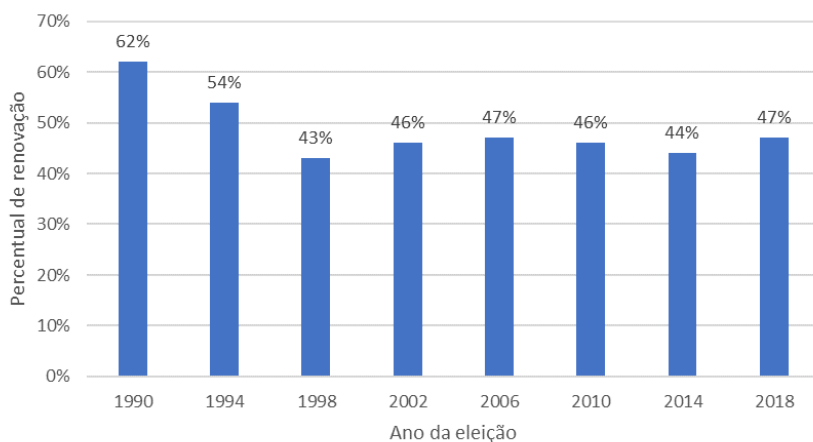
Fonte: Portal da Câmara dos Deputados

Fica evidente que a concreta produção legislativa, é dizer, a lei ou emenda efetivamente aprovada, não depende do número de propostas apresentadas. Pelo contrário! Percebe-se que o parlamento é obrigado a se debruçar cada vez mais sobre temas desimportantes, devido à necessidade de cumprimento dos trâmites processuais, perdendo, de maneira transluzente, qualidade no atendimento à sociedade e atraindo a pecha da ineficiência a tão importante Poder.

Buscando efetivar uma análise onde não se incorra em sofismas estatísticos que obscureçam uma realidade, pode se argumentar que o aumento significativo do número de propostas no primeiro ano ao longo das diversas legislaturas se deve, essencialmente, ao índice de renovação na analisada Câmara dos Deputados.

Verificando essa possibilidade, observa-se que a assertiva não reflete a realidade. Como pode ser verificado, esse índice, ao longo das eleições não se apresentou significativamente variável.

É o que aponta o gráfico seguinte:



Fonte: Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (Diap)

A eleição de 1990, por motivos óbvios, já aventados no texto, trouxe uma significativa mudança na composição da Câmara dos Deputados. A partir daí, a despeito de que em 1994 o índice tenha sido pouco maior, tem-se que a variação no percentual de renovação acompanha um patamar praticamente uniforme, não havendo falar, portanto, que o aumento do número de propostas e a diminuição do percentual de aprovação sejam frutos da renovação da composição legislativa.

Com essa reflexão, o que se objetiva é ponderar a respeito do comportamento que a sociedade espera em relação aos parlamentares. É certo, e se enquadra dentro de um ambiente político-democrático, que as atribuições de um parlamentar não se resumem ao cumprimento de horário de trabalho na Câmara dos Deputados, em horário denominado como comercial.

É necessária a visita às bases, o acompanhamento, em seus Estados, das necessidades da população e da interação, corpo a corpo com a sociedade. E isso não se faz somente aos sábados e domingos. O deputado, parlamentar foco do artigo, tem que dividir seu tempo, muitas vezes em jornadas extenuantes entre Brasília e sua região eleitoral.

O que se busca trazer à lume é se há a necessidade da sanha propositiva, como que para somente dar uma satisfação aos eleitores, sem que o necessário acompanhamento e movimentação sejam realizados, especialmente em ano eleitoral, quando os problemas não deixam de existir aguardando os próximos representantes.

Há que, por fim, deixar claro que esta é uma análise baseada em dados fornecidos pela própria Câmara dos Deputados, sem qualquer intuito de personificar – ou fulanizar, para usar expressão da moda – comportamentos de parlamentares.

Sabemos, todos, que numa Casa cuja principal missão é representar o povo, o povo estará representado em sua proporção com os variados matizes ideológicos e comportamentais que refletem a sociedade. Embora haja aqueles que não valorizam o mandato concedido pelo cidadão, agindo como avestruzes que enfiam a cabeça na areia deixando o resto do corpo de fora, existem inúmeros parlamentares que honram a distinção conferida, atuando de maneira sóbria e cidadã, participando efetivamente de atividades construtivas como frentes parlamentares, grupos de trabalho, comissões interdisciplinares e outras diversas formas.

No entanto, como última reflexão, é preciso lembrar que cada deputado ou cada senador só está ocupando essa posição a partir de uma procuração que lhe foi outorgada através da mais legítima ferramenta da democracia, perseguida por todos, o voto popular.

Da vinculação da sociedade aos atos do administrador

André Santa Cruz

Henrique Arake

A vinculação da sociedade pelos atos do seu administrador sempre foi uma questão muito debatida no direito societário, em razão da natureza jurídica da relação que há entre ambos.

Com efeito, a sociedade personificada é um sujeito de direitos para todos os fins legais a partir do momento em que seus atos constitutivos são arquivados no órgão de registro competente (art. 985 do Código Civil – “CC”), que será a Junta Comercial, no caso de sociedades empresárias, ou o Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, no caso das sociedades simples (art. 1.150 do CC).

Desse modo, a sociedade é juridicamente distinta da pessoa que ocupa o cargo de administrador e de seus sócios (art. 49 do CC), constituindo-se em uma esfera de direitos e obrigações autônoma e independente destes.

Entretanto, ao contrário do que se verifica entre as pessoas naturais, as sociedades (pessoas jurídicas que são – art. 44, inciso II do CC) existem perante o Direito, mas não existem no mundo fático. Vale dizer, as sociedades não possuem um “substrato concreto”¹ para se manifestarem autonomamente e interagirem com outros sujeitos de direito no mundo real. Por essa razão, ela precisa se valer de alguém que lhe empreste esse “substrato concreto” para que essa interação possa ocorrer. Esse “alguém” é o administrador que, no ordenamento jurídico brasileiro, necessita ser sempre uma pessoa natural (art. 997, inciso VI do CC), absolutamente capaz, e não impedida nos termos do art. 1.011, §1º do CC.

Assim, o administrador é, no exercício dessa função, um órgão da própria sociedade, ou seja, parte integrante desta, e não uma pessoa distinta dela (no mandato, por exemplo, o mandatário é, necessariamente, uma pessoa distinta do mandante – art. 653 do CC).

¹ Tomazette, M. Curso de direito empresarial v. 1 – teoria geral e direito societário. SP: SaraivaJur. p. 361.

Com efeito, não é correto dizer que o administrador de uma sociedade é o seu representante ou mesmo o representante da vontade dos seus sócios, porque na verdade o administrador, como dizia Pontes de Miranda, “presenta” a vontade da sociedade², de modo que quando o administrador “fala”, quem “diz” é a sociedade.

É aqui que as analogias encontram seu limite. É evidente que quando nossos doutrinadores defenderam que o administrador é apenas um órgão da sociedade, tal qual a nossa boca é um órgão por meio do qual manifestamos nossas ideias para outras pessoas, não estavam fazendo o testemunho de um fato, mas uma comparação e uma simplificação úteis para ilustrar uma ideia mais complexa³.

Na verdade, parece-nos evidente que as sociedades são instituições que existem para atender a um fim específico, qual seja, o exercício da atividade econômica (empresarial ou não) prevista em seu objeto social, de modo que os seus titulares (ou seu titular) possam partilhar os seus resultados positivos ou negativos, cuja formalidade de constituição e atuação no mundo real está prevista em lei.

Nesse passo, é, também, a lei quem diz que os atos do administrador vinculam a sociedade (arts. 47 e 1.015 do CC) e, do mesmo modo, é também a lei quem excepciona essa questão, como, por exemplo, no caso de oneração ou alienação de bens imóveis, não sendo este o objeto da sociedade (art. 1.015 do CC, parte final).

E aqui chegamos ao cerne deste artigo: a revogação do parágrafo único do art. 1.015 do CC, que previa, expressamente, a adoção pelo legislador da chamada teoria dos atos *ultra vires* e suas consequências legais, bem como a desvinculação da sociedade quando o administrador contratasse contra as disposições do contrato social ou com terceiro de má-fé.

Sem a necessidade de adentrar nas origens históricas da teoria dos atos *ultra vires*, basta lembrarmos que, segundo ela, o administrador não poderia

² Nesse sentido: Tomazette, M. Curso de direito empresarial v. 1 – teoria geral e direito societário. SP: SaraivaJur. p.361; Campinho, S. Curso de direito comercial – direito de empresa. SP: SaraivaJur. 17ª Ed. 2020. p.108; Diniz, G.S. Curso de Direito comercial. SP: Atlas. p. 190. Negrão. R. Curso de direito – comercial e de empresa v.1. – teoria geral da empresa e direito societário. SP: SaraivaJur. 16ª Ed. p. 356; Leite, M. L. Intervenção judicial em conflitos societários. RJ: Lumen Juris, 2019. p. 49.

³ Para uma discussão mais aprofundada a respeito da relação entre a propriedade privada dos sócios e a delegação da gestão desse patrimônio por meio da constituição de uma sociedade (*corporation*), confira-se: Berle, A. A., & Means, G.C. The modern Corporation and private property. NJ: Transaction Publishers. 1999 (1968).

extrapolar os fins sociais da sociedade administrada e, assim, fazer a sociedade contratar matéria estranha ao seu próprio objeto social.⁴

A despeito das críticas que sempre foram feitas a essa teoria, parece-nos importante destacar que a sua proposição não é de todo errada, ao menos em uma primeira leitura.

Com efeito, considerando-se que, em última instância, as sociedades são instituições criadas para que os seus administradores possam otimizar o patrimônio dos seus titulares dentro dos limites estabelecidos nos seus atos constitutivos, parece-nos adequado concluir que o distanciamento desses objetivos se assemelharia a um “inadimplemento” por parte do administrador, não havendo razão, portanto, para que a sociedade honrasse os compromissos assumidos por este nessas condições.

Desse modo, *ad absurdum*, um administrador de uma padaria que, sem uma “boa razão”, contratasse a compra de uma tonelada de urânio enriquecido em nome da sociedade, estaria cometendo um ilícito tão patente e tão evidente que não seria “razoável” que a sociedade tivesse de honrar esse compromisso.

É essa, fundamentalmente, a *ratio* por trás da teoria dos atos *ultra vires*, que estava prevista em nosso ordenamento jurídico no (hoje revogado) inciso III do parágrafo único do art. 1.015 do CC⁵.

O problema com essa teoria, portanto, não era a sua proposição em si mesma, mas a sua aplicação prática nos casos mais usuais.

Utilizando o mesmo exemplo do administrador da padaria, imaginemos que ele investiu parte não significativa das reservas de lucro da sociedade no mercado acionário como forma de otimizar os resultados dela, mas infelizmente isso acabou gerando um enorme prejuízo, porque o

⁴ “A *ultra vires doctrine*, formulada em meados do século XIX pelas cortes inglesas, tinha por objetivo evitar desvios de finalidade na condução dos negócios sociais, declarando nulo qualquer ato praticado em nome da sociedade que extrapolasse seu objeto” (Sérgio Campinho, em texto publicado nas suas redes sociais após a revogação do parágrafo único do art. 1.015 do CC).

⁵ Nesse sentido, veja-se o Enunciado 219 das Jornadas de Direito Civil: “Está positivada a teoria *ultra vires* no Direito brasileiro, com as seguintes ressalvas: (a) o ato *ultra vires* não produz efeito apenas em relação à sociedade; (b) sem embargo, a sociedade poderá, por meio de seu órgão deliberativo, ratificá-lo; (c) o Código Civil amenizou o rigor da teoria *ultra vires*, admitindo os poderes implícitos dos administradores para realizar negócios acessórios ou conexos ao objeto social, os quais não constituem operações evidentemente estranhas aos negócios da sociedade; (d) não se aplica o art. 1.015 às sociedades por ações, em virtude da existência de regra especial de responsabilidade dos administradores (art. 158, II, Lei n. 6.404/76)”.

investimento foi realizado às vésperas da Pandemia da COVID-19. Esse negócio jurídico (compra de ações) deveria ser oponível contra a sociedade? A resposta não é tão clara assim, razão pela qual a adoção da referida teoria pelo Código Civil de 2002 foi bastante criticada pela doutrina especializada.

De fato, muitos defendiam, mesmo antes da revogação do parágrafo único do art. 1.015 do CC, que aos atos dos administradores que extrapolassem o objeto social deveria aplicar-se a teoria da aparência e o princípio da proteção aos terceiros de boa-fé, o que acarretaria o seguinte: a sociedade responderia perante terceiros pelos atos *ultra vires* dos seus administradores, mas poderia voltar-se contra eles posteriormente, exigindo reparação pelos prejuízos suportados.⁶

⁶ Nesse sentido: “Sempre me pareceu que o tratamento dos atos que extrapolassem os limites do objeto social deveria se dar à luz da teoria da aparência, com o escopo de proteção aos terceiros que, de boa-fé, realizam negócios jurídicos com a sociedade, que não pode descurar-se do dever de zelar pelos atos praticados por seus administradores, não lhe sendo lícito, pois, alegar ignorância. O administrador que o praticasse, como regra geral, vincularia a pessoa jurídica perante os terceiros de boa-fé e, dessarte, responderia civilmente diante da sociedade, na via de regresso” (Sérgio Campinho, em texto publicado nas suas redes sociais após a revogação do parágrafo único do art. 1.015 do CC). No mesmo sentido, pode-se mencionar o Enunciado 11 das Jornadas de Direito Comercial: “A regra do art. 1.015, parágrafo único, do Código Civil deve ser aplicada à luz da teoria da aparência e do primado da boa-fé objetiva, de modo a prestigiar a segurança do tráfego negocial. As sociedades se obrigam perante terceiros de boa-fé”. Ainda no mesmo sentido, merece menção o seguinte precedente do STJ: “Direito comercial. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Garantia assinada por sócio a empresas do mesmo grupo econômico. Excesso de poder. Responsabilidade da sociedade. Teoria dos atos *ultra vires*. Inaplicabilidade. Relevância da boa-fé e da aparência. Ato negocial que retornou em benefício da sociedade garantidora. (...) 3. A partir do CC/2002, o direito brasileiro, no que concerne às sociedades limitadas, por força dos arts. 1.015, § único e 1.053, adotou expressamente a *ultra vires doctrine*. 4. Contudo, na vigência do antigo Diploma (Decreto n.º 3.708/19, art. 10), pelos atos *ultra vires*, ou seja, os praticados para além das forças contratualmente conferidas ao sócio, ainda que extravasassem o objeto social, deveria responder a sociedade. 4. No caso em julgamento, o acórdão recorrido emprestou, corretamente, relevância à boa-fé do banco credor, bem como à aparência de quem se apresentava como sócio contratualmente habilitado à prática do negócio jurídico. 5. Não se pode invocar a restrição do contrato social quando as garantias prestadas pelo sócio, muito embora extravasando os limites de gestão previstos contratualmente, retornaram, direta ou indiretamente, em proveito dos demais sócios da sociedade fiadora, não podendo estes, em absoluta afronta à boa-fé, reivindicar a ineficácia dos atos outrora praticados pelo gerente” (REsp 704.546/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 01.06.2010, DJe 08.06.2010).

Por conseguinte, na linha desse posicionamento crítico à teoria dos atos *ultra vires*, o parágrafo único do art. 1.015 do CC foi revogado integralmente pela Lei 14.195/2021, de modo que, atualmente, não há mais regra legal que determine a não vinculação da sociedade aos negócios jurídicos celebrados por seus administradores que não tenham aderência com o seu objeto social, o que representa, na nossa opinião, um grande avanço em prol da segurança jurídica das relações econômicas.

Todavia, é preciso destacar que a revogação do parágrafo único do art. 1.015 do CC não retirou do nosso ordenamento jurídico apenas o seu inciso III – que tratava, especificamente, dos atos “evidentemente estranhos aos negócios da sociedade” –, mas também os seus incisos I e II.

Esses incisos do parágrafo único do art. 1.015 do CC, respectivamente, previam duas outras exceções à vinculação da sociedade aos atos do seu administrador: (i) quando tais atos violassem, expressamente, previsão disposta no contrato social ou em ato separado devidamente arquivado no órgão de registro competente (Junta ou Cartório, conforme a natureza da sociedade); e (ii) quando tais atos envolvessem a contratação com terceiro de má-fé, isto é, que conhecia a ausência de poderes do administrador para a sua prática.

Alguns defendem que, após a revogação integral do parágrafo único do art. 1.015 do CC, a sociedade deve honrar com os negócios jurídicos contratados pelo administrador “mesmo havendo excesso de poder por parte do administrador ou prática de atos que não estavam autorizados [...]”⁷. Mas discordamos desse entendimento.

Com efeito, em se tratando de relações econômicas entre iguais⁸, há a presunção legal de que os negócios jurídicos sejam interpretados à luz dos pressupostos da autonomia privada, da liberdade contratual, da presunção de boa-fé e da intervenção estatal mínima (arts. 2º, incisos I, II e III e art. 3º, incisos V e VIII da LLE). Vale dizer, há que se presumir que as sociedades que decidam contratar entre si são agentes econômicos acostumados ao “giro mercantil”, conhecem o risco do negócio que estão celebrando, tendo-os

⁷ Vaz, M. R. M. A nova Lei de Ambiente de Negócios e a extinção da teoria *ultra vires* societatis. *Consultor Jurídico*, 2021. Acessado em 28.11.2021 - <https://www.conjur.com.br/2021-out-07/vaz-lei-ambiente-negocios-ultra-vires-societatis>.

⁸ Excluindo-se de nossa análise, portanto, as relações havidas com vulneráveis/hipossuficientes, tais como as relações de consumo ou as relações trabalhistas.

avaliado ou optado por não investir nessa investigação, dentro de parâmetros razoáveis do comportamento esperado⁹, e contrataram de boa-fé.

Desse modo, em negócios jurídicos materialmente relevantes, isto é, que tenham um valor envolvido não desprezível, é de se esperar que agentes econômicos racionais invistam em algum grau de investigação a respeito da sua contraparte contratual. Nesse passo, como os atos constitutivos de qualquer pessoa jurídica são públicos e é baixo o custo para a sua obtenção e análise (mormente com a digitalização das Juntas Comerciais), a diligência minimamente esperada é que as sociedades contratantes verifiquem nos atos constitutivos de suas respectivas contrapartes se existe alguma restrição específica para a contratação daquele negócio jurídico pretendido, até mesmo porque o art. 47 do CC e o *caput* do art. 1.015 do CC (que não foi modificado pela Lei 14.195/2021) são expressos em condicionar a vinculação da sociedade aos atos do administrador exercidos nos limites dos seus poderes de gestão.

Desse modo, o entendimento de que a mera proteção a terceiros de boa-fé deve convalidar a contratação de negócios jurídicos materialmente relevantes em violação aos atos constitutivos de um dos contratantes não parece razoável, na nossa opinião.

Na mesma esteira, observa-se que a presunção de contratação de boa-fé é *juris tantum* e, portanto, passível de ser impugnada, caso a sociedade afetada pela contratação com terceiro de má-fé consiga provar esse fato. Até mesmo porque, novamente, a lei veda a contratação de má-fé ou simulada (arts. 113, 166, inciso VI, 167 e 171, inciso II do CC). Entender de forma diferente seria aceitar que o ordenamento jurídico protegeria a colusão entre administradores que, de má-fé, aproveitassem de sua posição para prejudicar o patrimônio daqueles a quem lhes fora confiada a gestão.

Assim, discordamos da ideia de que a revogação dos incisos I e II do parágrafo único do art. 1.015 do CC importa na responsabilização irrestrita da sociedade por atos de seu administrador que violem uma limitação expressa de poderes. Para nós, se tal limitação de poderes foi devidamente publicizada por meio do arquivamento do ato respectivo no órgão de registro competente, ou se era comprovadamente conhecida pelo terceiro contratante – que nesse caso estará agindo de má-fé –, pode a sociedade, a depender do contrato e do contexto negocial, eximir-se de responsabilidade pelos atos excessivos do seu administrador (arts. 47 e 1.064 do CC).¹⁰

⁹ Forgioni, P. Contratos Empresariais – Teoria Geral e Aplicação. SP: Revista dos Tribunais, 2018, 3ª Ed. pp. 269-70.

¹⁰ No mesmo sentido: “Parece, portanto, à luz do ordenamento jurídico vigente, que a melhor orientação é aquela que apoia e valoriza a teoria da aparência e a boa-fé

No tocante à teoria dos atos *ultra vires* (atos que simplesmente não guardam pertinência com o objeto social), concordamos que a revogação do inciso III do parágrafo único do art. 1.015 do CC significou a sua superação em nosso ordenamento jurídico, devendo-se aplicar, em seu lugar, a teoria da aparência, algo que consideramos um avanço em termos de segurança jurídica para os negócios empresariais.

objetiva para, como regra, vincular a sociedade ao negócio celebrado por seu administrador, caracterizador de ato *ultra vires*. Cabe a ela provar o conhecimento do terceiro do contrato social ou do estatuto para eximir-se da responsabilidade do ato derivada, ou demonstrar circunstancialmente que, em razão das condições e da natureza da negociação e pela qualidade profissional do contratante, cabia a ele diligenciar para ter acesso e conhecimento do seu objeto social. Vinculada a sociedade ao ato *ultra vires*, abre-se-lhe o ensejo de regressivamente responsabilizar o administrador que atuou com o excesso por ela não ratificado e que lhe causou prejuízo” (Sérgio Campinho, em texto publicado nas suas redes sociais após a revogação do parágrafo único do art. 1.015 do CC).

Economia digital, antitruste e identificação de mavericks

Luiz Alberto Esteves

Grandes avanços tecnológicos nas últimas décadas têm proporcionado o advento do que hoje denominamos de Economia Digital, também conhecida como Nova Economia. Trata-se de uma economia totalmente baseada em tecnologias de computação digital. Uma caracterização pormenorizada da Economia Digital pode ser encontrada em NETO, BONACELLI & PACHECO (2020)¹, que trabalham com a noção de Sistema Tecnológico Digital, formado pelo *cluster* Inteligência Artificial, Computação em Nuvem e Big Data.

O desenvolvimento dessa Economia Digital tem proporcionado a criação de um número crescente de novos modelos de negócios, muitos deles amparados em inovações disruptivas, desenvolvidas à margem das disputas concorrenciais que costumam envolver os grandes incumbentes com modelos de negócios tradicionais. Um exemplo tem sido a atual dinâmica da indústria bancária e financeira constituída, por um lado, pelos grandes conglomerados incumbentes e, por outro lado, pela proliferação de *Fintechs* (empresas que desenvolvem soluções financeiras totalmente digitalizadas).

Tal movimento tem implicações óbvias e imediatas para discussões regulatórias e concorrenciais. Esse movimento tem causado bastante entusiasmo entre consumidores, autoridades, reguladores e formuladores de políticas públicas. Acredita-se que essa concorrência adicional, trazida por *Startups* e *Fintechs*, proporcionará amplas vantagens e benefícios aos consumidores, seja na forma de mais opções de escolhas, seja na melhor qualidade de serviços e preços menores. Mesmo considerando o fato de que soluções disruptivas também possam ser desenvolvidas e trazidas ao mercado por grupos econômicos da Economia Digital (*Bigtechs*), muito maiores que os incumbentes (grandes bancos e seguradoras, por exemplo), as razões para entusiasmo não são infundadas.

Reguladores têm colaborado ativamente com esse movimento. No caso brasileiro, por exemplo, O Banco Central do Brasil tem apostado na

¹ Neto, Bonacelli & Pacheco (2020). “O Sistema Tecnológico Digital: inteligência artificial, computação em nuvem e *Big Data*”, *Revista Brasileira de Inovação*, Campinas (SP), 19, e0200024: p. 1-31.

agenda do *Open Banking* e do *Open Finance*. O *Open Banking*, por exemplo, possibilita que usuários de produtos e serviços bancários possam compartilhar suas informações com diferentes instituições. Trata-se de uma medida de enorme impacto para a competição bancária, pois um dos principais ativos de um banco é seu acervo de dados de clientes, principalmente as informações que orientam as decisões de concessão de crédito, tais como os 5 C's (caráter, capacidade, capital, condições e colateral).

O cenário parece bastante alvissareiro para os consumidores. Contudo, quando tratando de formulação de políticas públicas, cabe sempre lembrarmos de duas importantes citações. A primeira é atribuída à John Heywood, poeta inglês do século XVI: “Um homem pode muito bem levar um cavalo até a água, mas ele não pode obrigá-lo a bebê-la”. A segunda é comumente citada como um provérbio alemão: “O diabo mora nos detalhes”. A combinação dessas duas citações sugere que algo bastante alvissareiro pode se transformar em desapontamento e frustração.

Bom, é praticamente impossível anteciparmos todas as contingências que possam implicar em desapontamentos e frustrações. Contudo, nestas circunstâncias, cabe buscarmos o maior número de “pontos cegos” possíveis, ou seja, aqueles detalhes que possam escapar da visibilidade dos formuladores da política pública.

Uma possível fonte de desapontamento e frustração nestes casos pode originar-se do controle de concentrações por autoridades concorrenciais. Por exemplo, uma fração importante de inovadores disruptivos pode ser adquirida pelos próprios incumbentes (grandes instituições bancárias e financeiras, por exemplo), ou por grandes grupos econômicos de tecnologia (*Bigtechs*), enquanto ainda são empresas pequenas com modelos de negócios incipientes. Tais tipos de operações podem “escapar do radar” das autoridades antitruste, uma vez que as variações de concentração de mercado (Delta HHI) nestes casos costumam ser muito marginais.

Os guias de análise de atos de concentração das principais autoridades antitruste ao redor do mundo não são omissos quanto a esta temática, que costuma ser abordada no tópico “Eliminação de Mavericks”². Contudo, há

² Seção 4.3.1. (pág. 51) do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE. O Guia define *Mavericks* como empresas “que apresentam um nível de rivalidade do tipo disruptivo. Geralmente são empresas com um baixo custo de produção e uma baixa precificação que força os preços de mercado para baixo ou empresas que se caracterizam por sua inventividade e estimulam a permanente inovação no segmento em que atuam. Nesse sentido, sua presença independente no mercado pode disciplinar os preços das empresas com maior *market share*”.

uma grande distância entre não ser omissos e providenciar um protocolo muito claro de como lidar com tais situações (o que não é nada fácil, definitivamente). Essa dificuldade é abordada de forma bastante precisa por OWINGS (2013)³, em artigo intitulado “Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor”. O autor sugere o uso da Teoria da Inovação Disruptiva, desenvolvida originalmente por Clayton M. Christensen⁴, para a identificação de comportamentos econômicos e estratégicos condizentes com a definição dos guias antitruste para *Mavericks*.

A proposta de OWINGS (2013) é bastante promissora, ao mesmo tempo em que a urgência para lidarmos com esse problema é crescente. O fato é que a medida de Delta HHI pode providenciar um teste de triagem (*screening test*) bastante poderoso para uma ampla maioria de atos de concentração. Contudo, seu poder pode ser bastante reduzido quando tratamos com fusões e aquisições no âmbito da Economia Digital. Talvez tenhamos que buscar soluções igualmente inovadoras para lidarmos com regulação e concorrência nestes mercados.

³ Owings (2013). “Identifying a Maverick: When Antitrust Law Should Protect a Low-Cost Competitor”, *Vanderbilt Law Review*, 66 (1): p. 323-354.

⁴ Christensen (2012). O Dilema da Inovação: Quando as novas tecnologias levam empresas ao fracasso. M. Books Editora: São Paulo, SP.

Entre Eros e Tanatos: da ordem econômica constitucional à morte do antitruste

Angelo Prata de Carvalho

O Direito da Concorrência brasileiro conta com uma série de ferramentas analíticas – mormente oriundas da análise antitruste norte-americana – que foram sedimentadas ao longo do tempo seja pela própria autoridade da concorrência brasileira, seja pela prática estrangeira que em grande medida a inspira. No entanto, por mais sofisticadas que possam ser as reflexões sobre novos mercados, novas condutas e mesmo sobre os contornos atuais da concentração econômica, o Direito da Concorrência parece encontrar-se em uma constante ambivalência entre a consolidação de alguns de seus pressupostos dogmáticos e o permanente questionamento sobre suas finalidades.

Tal ambivalência é especialmente preocupante diante da circunstância de que o Direito da Concorrência brasileiro tem por fundamento bases radicalmente diversas daquelas sobre as quais se funda o direito norte-americano, notadamente a ordem econômica constitucional estabelecida pelo art. 170 da Constituição de 1988. A chave interpretativa do art. 173, § 4º, segundo o qual a lei reprimirá os abusos do poder econômico, evidentemente não é a lei a que alude o texto constitucional, mas o próprio art. 170. Não é sem motivo que Eros Grau, em sua obra clássica sobre a ordem econômica constitucional, assevera que as regras da legislação concorrencial “conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988”¹.

Se o ponto de partida da defesa da concorrência no ordenamento brasileiro deve ser a ordem econômica constitucional, causa certo estranhamento que a análise concorrencial permaneça infensa à diversidade de temas oriundos do art. 170 e prefira adotar análises consequencialistas fundadas em metodologias decorrentes da economia neoclássica – mesmo

¹ GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 213.

tanto tempo após a promulgação da Constituição de 1988². Isso porque, como também esclarece Eros Grau, a redação do art. 170 não consiste em mera sugestão que pode ser afastada pela ideologia dinâmica da interpretação jurídica, mas em um conjunto de preceitos que verdadeiramente vinculam a aplicação da legislação concorrencial em prol da sociedade, e não do indivíduo. Segundo o autor, “estão incrustadas na ideologia constitucionalmente adotada as razões do individualismo metodológico. A cumplicidade estabelecida entre ele e a ideologia liberal – o social produzido pelo individual – não autoriza a deslocação da titularidade da livre concorrência, na arena da ordem econômica, do indivíduo para a sociedade, mesmo no caso da Constituição de 1988”³.

O Direito da Concorrência brasileiro sob a égide da Constituição de 1988, nesse sentido, é vocacionado não a ensimesmar-se em torno de tecnicismos associados a simplificações que são próprias de uma teoria econômica mais preocupada com ideais abstratos do que com os sujeitos afetados pela dinâmica dos mercados, mas a promover a livre concorrência em prol da coletividade e não de determinados indivíduos. Nem se argumente, aqui, que tais mandamentos constitucionais iriam perfeitamente ao encontro da lógica adotada pelas metodologias da Escola de Chicago, que adotam o bem-estar do consumidor como finalidade última da defesa da concorrência e, assim, no fim e ao cabo promoveriam o bem-estar da coletividade.

Isso porque diversos autores demonstram que a adoção dessas metodologias nos últimos anos tem conduzido a um processo de concentração nunca antes visto nos mais diversos mercados, conduzindo não somente à supressão da concorrência, mas a massivos aumentos de preços⁴. Dessa maneira, cabe indagar qual será a real função do Direito da Concorrência se, mesmo diante de uma ordem constitucional como a brasileira ou mesmo diante da constatação do fracasso das metodologias de Chicago para a proteção da concorrência e do consumidor, não consegue alcançar nem os objetivos pretendidos pela ordem econômica constitucional nem os ideais de eficiência preconizados pela teoria neoclássica.

Daí a razão da perplexidade de autores que, especialmente diante do advento dos mercados digitais e das novas formas de concentração daí decorrentes, vaticinam que ou o Direito da Concorrência precisa repensar

² Nesse sentido: FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 29-30

³ GRAU, Op. cit., p. 216.

⁴ TEPPER, Jonathan; HEARN, Denise. *The myth of capitalism: monopolies and the death of competition*. Danvers: Wiley, 2019; WU, Tim. *The curse of bigness: antitrust in the new gilded age*. Nova York: Columbia Global Reports, 2018.

radicalmente as suas metodologias para que permaneça relevante, ou mesmo já anunciam sua morte. Anunciada a morte do antitruste, outros passam a indagar o que fazer do cadáver insepulto do qual não se consegue retirar muito mais do que a saudade antes do adeus (parafraseando Nelson Rodrigues).

Thibault Schrepel, por exemplo, ao tratar dos efeitos da tecnologia *blockchain* sobre o Direito da Concorrência, sugere que a morte do antitruste será como a morte do jazz: o ritmo ainda existe e ainda tem fiéis ouvintes e mesmo ótimos músicos, porém o jazz dificilmente cria novos debates ou movimentos que ultrapassem os limites de sua comunidade⁵. Por mais agradável que possa ser a comparação do Direito da Concorrência com o jazz ou até a perspectiva de se conservar uma comunidade permanentemente concentrada na reflexão a respeito do próprio Direito da Concorrência, o presságio da morte do antitruste pode servir para que se busque alguma vida nas possibilidades consagradas pela ordem econômica constitucional e aparentemente esquecidas pelo antitruste “desconstitucionalizado”⁶.

Se o Antitruste fundado nas premissas consagradas pela prática norte-americana estaria fadado a uma morte semelhante à do jazz, cabe indagar se já é o momento de vestirmos luto ou se o Direito da Concorrência fundado na ordem econômica constitucional de 1988 não poderia ser mais parecido com o samba⁷.

⁵ SCHREPEL, Thibault. Is blockchain the death of antitrust law? The blockchain antitrust paradox. Disponível em: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=606070026007124079078073084082007086026071069006028088099020115064088031105069007022096019020106111061101119116017126110012092015046040047000106006094088111023106098054046076009094095096001075119071118065069091124015125080094026011118099115026125117113&EXT=pdf&INDEX=TRUE>.

⁶ Ver: SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. Revista do IBRAC. v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009.

⁷ MULTISHOW, Música. Não Deixe o Samba Morrer | Alcione | Canta, Luan | Música Multishow. Youtube, 3 ago. 2017. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=WtCuw1U0lq8>.

A celebração de TCCs em sede de condutas unilaterais: dúvidas, inquietações e algumas poucas certezas

Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli

Os Termos de Compromisso de Cessação (“TCCs”) foram disciplinados pela antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94) e mantidos pela Lei nº 12.529/2011 em seu artigo 85, podendo ser negociados com a autoridade antitruste a pedido do representado ou a requerimento, uma vez atendidos os critérios de conveniência e oportunidade previstos no *caput* do referido artigo.

A partir da promulgação da nova lei, o papel dos TCCs no contexto de investigações de condutas colusivas mostrou-se decisivo na construção da história institucional do Cade, seguindo o padrão do continente americano, no qual, de acordo com o levantamento mais recente da OCDE¹, cerca de 48% dos casos envolvendo condutas cartelizadas resultou em acordo (considerando uma média de 130 casos julgados por ano, no período compreendido entre 2015 e 2019).

Há, entretanto, uma importante lacuna a ser preenchida em relação à política de acordos do Cade: e quando estes TCCs são celebrados no contexto da “terceira onda do antitruste”? Conforme defendem Athayde e Jacobs², esta terceira onda remete à ascensão dos ilícitos concorrenciais advindos de condutas unilaterais, o antigo calcanhar de Aquiles do Cade, de acordo com os últimos *Peer Reviews* publicados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)³.

¹ OECD (2021), OECD Competition Trends 2021, Volume I: Global Competition Enforcement Update 2015-2019. P. 13.

² ATHAYDE, Amanda; JACOBS, Patrícia. “A terceira ‘onda’ do antitruste no Brasil: marolinha ou tsunami?”. Revista Consultor Jurídico, 1 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/athayde-jacobs-terceira-onda-antitruste-brasil>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

³ OECD (2019), OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

Em que pese já se falar em uma quarta onda, que remeteria à análise regulatória do antitruste⁴, a terceira onda não parece ter chegado a seu zênite no Brasil, mas, ao contrário, vem sendo impulsionada por abalos sísmicos cada vez mais emblemáticos e representativos, sobretudo a partir da pandemia do COVID-19, sua relação com o crescimento dos mercados digitais e a consequente ampliação do número de casos envolvendo abuso de posição dominante por parte das plataformas⁵.

Entretanto, a elevada complexidade ínsita a este tipo de análise – considerando que se trata de ilícitos por efeitos e, portanto, avaliados sob a ótica da regra da razão – impõe desafios adicionais ao juízo de conveniência e oportunidade para iniciar um acordo. Esses desafios se estendem a outras questões debatidas ao longo de sua negociação, como é o caso da necessidade e quantificação de uma contribuição pecuniária, da aplicação de multa por descumprimento, da necessidade de confessar ou não a prática lesiva e, finalmente, da inclusão ou não de garantias, por parte da Administração Pública, com relação à determinação sobre se a prática cessada através da celebração do acordo constituirá ou não um precedente vinculante para a instituição e da própria análise de mérito do caso.

Assim, inobstante o fato de ter o Cade estruturado um Guia de TCC, trazendo diretrizes gerais sobre a celebração destes acordos no âmbito da Autarquia, ainda há muita dúvida no que diz respeito aos parâmetros de negociação para acordos em sede de condutas unilaterais, como abuso de posição dominante através da adoção de cláusulas de exclusividade, programas de desconto, fixação de preços de revenda, recusa de contratar e discriminação de preços⁶.

Recentemente, o Documento de Trabalho “TCC na Lei 12.529/2011” – publicado pelo Cade em fevereiro de 2021 e fruto das contribuições de

⁴ JÚNIOR, Marco Antonio Fonseca. “Que onda surfa o Cade?”. Jornal Estadão. 17 de agosto de 2021. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/que-onda-surfa-o-cade/#:~:text=Come%C3%A7ou%2Dse%2C%20ent%C3%A3o%2C%20a,reparat%C3%B3rias%20decorrentes%20de%20danos%20concorrenciais>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

⁵ <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>

⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 135.

Carolina Saito, consultora PNUD⁷ – identificou alguns padrões na celebração de acordos pelo Cade desde que a Lei nº 12.529/2011 entrou em vigor. Naquela oportunidade, chamou-se atenção à proporção dos TCCs celebrados em sede de cartel, frente aos acordos realizados perante condutas unilaterais – aproximadamente 3 para 1⁸.

Tal desequilíbrio poderia se explicar como um reflexo da desproporção no que diz respeito à quantidade de investigações em cartéis vis-à-vis o volume de casos instaurados para averiguar infrações à ordem econômica no contexto das condutas unilaterais. Entretanto, analisar os dados sobre a abertura de investigações na Autarquia é suficiente para se chegar à conclusão de que esta hipótese não explica este desnível – pelo menos não exclusivamente – uma vez que, segundo aponta o Anuário do Cade 2020, a proporção média de cartéis com relação às condutas unilaterais considerando todas as investigações instauradas naquele ano foi de 1,16⁹.

De acordo com o último *Peer Review* produzido pela OCDE em relação ao *enforcement* do antitruste no Brasil¹⁰, é possível que a reduzida frequência da celebração de TCCs em sede de condutas unilaterais possa ser explicada a partir do receio da Autarquia em impedir a formação de um histórico jurisprudencial e, consequentemente, reduzir a experiência analítica do Tribunal Administrativo do Cade a respeito da matéria. Entretanto, apesar de parecer uma preocupação válida, sua natureza parece ser muito mais prospectiva do que explanatória.

Assim, o que talvez seja a melhor explicação para a desproporção na celebração destes acordos em relação aos diferentes tipos de conduta é o frequente arquivamento de investigações envolvendo condutas unilaterais¹¹,

⁷CADE, 2021. Documento de Trabalho: TCC na Lei 12.529/11. Fevereiro/2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%2012.529-11.pdf>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

⁸ Ibid. Conforme é possível constatar da Leitura da Imagem 6 (Página 18), aproximadamente 65,6% dos TCCs firmados envolviam casos de cartel, enquanto que apenas 22,6%, casos de conduta unilateral.

⁹ CADE, 2020. Anuário do Cade 2020. P. 9. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/f30f80e3-23b2-4370-9314-41a50b625073>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

¹⁰ Ob cit. OCDE (2019).

¹¹ Dos 19 casos que envolviam abuso de posição dominante através da imposição de exclusividades contratuais na história do Cade, aproximadamente 47% foram

somado às incertezas quanto à correta fase processual para a celebração de um acordo – considerando a evolução do Procedimento Preparatório (Art. 66, §2º) para o Inquérito Administrativo (Art. 66, §1º) e, finalmente, para o Processo Administrativo (Art. 69 e seguintes), todos previstos na Lei de Defesa da Concorrência.

Ademais, a natureza do ilícito investigado traduz boa parte desta dificuldade, uma vez que as condutas unilaterais possuem pressupostos de ilicitude distintos, dependendo essencialmente da aplicação da regra da razão, o que, por si só, já configuraria um desincentivo ao promitente compromissário, vez que sua probabilidade de condenação é reduzida¹².

Tal desincentivo, por sua vez, possui efeito direto com relação à fixação de uma contribuição pecuniária e dos parâmetros para a sua quantificação. Neste sentido, enquanto nos TCCs celebrados em casos de cartéis um dos requisitos é a fixação de tal contribuição, a mesma afirmação não é verdadeira em se tratando de condutas unilaterais.

Ao observarmos o histórico dos 76 TCCs celebrados desde a vigência da Lei 12.529/2011, 14 casos (18,42%) dispensaram sua fixação, ao passo em que um total de 39 casos (51,3%) teve a fixação da contribuição fixada proporcionalmente ao aporte da operadora Unimed (Representada), variando entre R\$ 10 e R\$ 30 milhões. Finalmente, os 23 casos remanescentes (30,26%) aplicaram uma média de R\$8.652.645,90 em contribuições pecuniárias, com um desvio padrão amostral de aproximadamente 14.959.567,37. Esta média representa tão somente 6,14% do total de contribuições fixadas em TCCs no ano de 2020¹³.

A desnecessidade de apresentar uma contribuição pecuniária para ensejar a negociação destes acordos em sede de condutas unilaterais poderá causar pelo menos dois efeitos, cujo entendimento requer retomar os conceitos de falsos positivos e falsos negativos. Quando tratamos de um falso positivo, ou seja, a condenação de um agente que não praticou um ilícito, é possível que o fato de se tratar de uma conduta unilateral gere danos mais intensos ao mercado, prejudicando a própria dinâmica naturalmente

arquivados.

Disponível

em

<[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2021\)23/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2021)23/en/pdf)>

¹² “(...) a caracterização do ilícito de cartel exige uma efetiva comprovação de que existe ou existiu entre concorrentes um acordo cujo objeto é a restrição da competição, em que a presunção de produção dos efeitos anticompetitivos visados baseia-se, notadamente, pela detenção de relevante parcela conjunta de mercado”. Ob. Cit. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. 2016. P. 14.

¹³ p. 11 <https://indd.adobe.com/view/f30f80e3-23b2-4370-9314-41a50b625073>

competitiva. Assim, exigir o pagamento de uma contribuição pecuniária nessas circunstâncias apenas potencializaria este dano. Por outro lado, um falso negativo poderia beneficiar-se da incerteza quanto aos parâmetros para aplicação da contribuição, que provoca um desvio-padrão tão alto quanto o que verificamos no caso concreto.

Para além dos efeitos reportados acima, a indefinição quanto à contribuição pecuniária afetará também o que será adotado como valor da multa por descumprimento do acordo, ensejando uma problemática quanto à mensuração deste valor. Neste sentido, apesar de o art. 85, §1º, II do RICADE estabelecer como cláusula obrigatória a multa por descumprimento total ou parcial dos termos do TCC, quando os acordos não fixam uma contribuição pecuniária, torna-se impossível realizar qualquer exercício de correlação entre estes valores - o que normalmente se faria nos casos de cartel.

Após revisar os mesmos 76 TCCs firmados neste espaço de tempo, constata-se que a maioria deles (aproximadamente 85,5%) possui cláusulas de multa por descumprimento do tipo "escalonadas", ou seja, que fixam multas diferentes a depender do tipo de obrigação que venha a ser descumprida.

Do universo das cláusulas escalonadas, apenas 4,6% delas utilizam-se da receita líquida corporativa como a base de cálculo da multa, ao passo em que 3% acabam aplicando como multa um percentual do valor da contribuição pecuniária fixada. Dentre as cláusulas que fixam multas apenas em caso de descumprimento integral, 9% relacionam o valor da multa com esta contribuição.

A maior questão relativa ao estabelecimento de multa nesses casos deriva da própria dificuldade no monitoramento de cumprimento do acordo. Assim, caso a autoridade antitruste entenda pela não aplicação de cláusula de contribuição pecuniária, por todos os problemas evidenciados acima, os termos do acordo de TCC estarão calcados tão somente em obrigações de fazer e de não fazer, além de remédios comportamentais, cuja dificuldade de monitorar o seu cumprimento é conhecida não apenas pelo Cade, como também pelos demais órgãos atuantes na defesa da concorrência no Brasil.

Ora, a dificuldade no monitoramento também é outro elemento característico neste tipo de acordo. Neste sentido, denota-se que a esmagadora maioria, compreendendo aproximadamente 85,5% destes TCCs, adota como padrão de monitoramento de decisão a prestação de informações diretamente ao Cade, ao passo que o percentual remanescente se divide entre a contratação de consultoria externa, auditoria independente ou, mais recentemente, a adoção dos *Trustees*.

É certo que a ausência de um terceiro independente pode acarretar comportamentos oportunistas por parte dos promitentes compromissários, na medida em que estes vislumbrem, no decorrer das negociações, formas de maquiar eventuais descumprimentos, utilizando-se da assimetria informacional entre a autoridade e o representado no que diz respeito às particularidades de seu negócio.

De toda forma, ainda que o monitoramento seja realizado pela figura do *Trustee*, a fixação de obrigações comportamentais continua representando um ponto sensível para a identificação de descumprimento e, retomando o ponto anterior, a fixação de uma multa suficientemente dissuasória poderia ajudar, fixando a base de cálculo para a vinculação da multa por descumprimento – o que significaria uma incerteza a menos no mar de dúvidas potencializadas pelo abalo sísmico pandêmico.

Dentre tantas questões em aberto a respeito do desenho destes acordos em sede de unilaterais, contudo, resta uma possível certeza no que diz respeito à obrigação de confissão da prática lesiva – é possível que a estrutura de incentivos demonstre que obrigar o compromissário acusado de possivelmente cometer este tipo de ilícito pode enfraquecer a própria política de acordos, uma vez que, a depender da fase em que se encontra o processo, o agente que se compromettesse com a celebração do TCC em um estágio inicial e precisar confessar que praticou o ilícito para ter direito à celebração do acordo – assim como ocorre nos casos de cartel¹⁴ – não enxergaria grandes benefícios com o TCC, sendo mais lógico que apenas optasse por fazê-lo em uma fase processual mais amadurecida e próxima à formação da convicção do julgador quanto à existência deste ilícito – que ainda enfrentaria uma ponderação sobre as possíveis eficiências geradas.

Corroborando com esta possível – e aparentemente, isolada – certeza, caberia questionar se a obrigatoriedade de assunção de culpa como requisito para a celebração de TCCs em sede de condutas unilaterais não seria capaz de viciar os termos contratuais¹⁵, vez que inexistente a mesma presunção de ilicitude dos cartéis na qualidade de ilícitos *per se*.

A experiência do Cade na celebração destes acordos ainda é muito incipiente se comparada ao histórico de TCCs celebrados no âmbito de condutas colusivas. Entretanto, ao passo em que a OCDE manifestou sua

¹⁴ Conforme dispõe o §5º do art. 179 do Regimento Interno do Cade

¹⁵ Pode-se aqui realizar uma espécie de paralelismo com a colaboração premiada realizada na esfera penal, em que a Legislação responsável prevê como requisito para a celebração do acordo a voluntariedade do compromisso estabelecido, e que caso não seja observado, poderá vir a viciar os termos do contrato e torná-lo nulo.

preocupação no sentido de que estimular a celebração destes acordos pode acabar por prejudicar a formação de uma jurisprudência sólida sobre este tipo de análise antitruste, é possível que o aprimoramento da sua utilização possa gerar ganhos à autoridade, inclusive no que diz respeito à sistematização da análise investigativa.

***Enforcement* concorrencial privado e as condutas unilaterais**

Ana Sofia Cardoso Monteiro Signorelli

Desde o último *Peer Review* da OCDE, é unânime entre doutrinadores brasileiros e estrangeiros a relevância que o *enforcement* concorrencial privado possui com relação ao aprimoramento da persecução pública. No Brasil, apesar da previsão normativa do Art. 47 da Lei 12.529/2011 possibilitar sua propositura, deficiências sistêmicas do sistema judiciário brasileiro e a dificuldade de equiparar as reparatórias concorrenciais ao sistema de reparação cível tradicional originaram um absoluto desestímulo ao crescimento deste tipo de demanda em território nacional.

Dentre as dificuldades desta equiparação, está a problemática de quantificação do valor do dano, uma vez que a captura do sobrepreço proveniente de condutas colusivas exige um robusto contrafactual, produzido a partir de exercícios econométricos não apenas complexos, como absolutamente distantes da realidade dos julgadores.

A metodologia acima descrita, contudo, possibilita unicamente o cômputo do sobrepreço em decorrência de condutas de natureza colusiva, ou seja, cuja ocorrência prejudica os demais entes da cadeia que precisarão absorver este aumento. Não obstante, é necessário relembrarmos que o Art. 47 não realiza qualquer delimitação de objeto, isto é, quanto a que tipo de infração econômica poderia vir a ensejar a propositura de uma ação reparatória privada. Do contrário, o artigo refere-se, de forma genérica, às “práticas que constituam infração à ordem econômica”, ou seja, incluindo-se também práticas de natureza unilateral, cujo cálculo do dano possui uma lógica diametralmente distinta.

Estas peculiaridades acentuaram ainda mais a coleção de desincentivos para que particulares ingressassem com estas ações no Brasil. Assim, em que pese a esperança de que o PL 11.275/2018 possa resolver parte relevante destes problemas – como as calorosas discussões sobre o prazo prescricional aplicável – a reparação de danos em sede de condutas unilaterais está ainda um passo atrás neste processo.

Enquanto isso, cinco dias atrás, na Inglaterra, teve início uma ação coletiva ajuizada em face do grupo Meta, hoje controlador do Facebook, cujos pedidos reparatórios somam aproximadamente 2,3 bilhões de libras. Trata-se

de um pedido de reparação de danos com base no alegado abuso de posição dominante da plataforma Facebook durante o período de outubro de 2015 a dezembro de 2019, quando 44 milhões de usuários ingleses haveriam sido afetados por uma política de coleta de dados que, apesar de agressiva, como defendem os advogados da causa, seria essencial para que os usuários pudessem acessar os benefícios da rede social.

Retomando a discussão acerca das limitações para a difusão deste instrumento, para além do cálculo em si, há outras diferenças importantes e que vêm sendo mapeadas pela literatura estrangeira¹, como o grau de impacto da infração com relação aos competidores, o momento do dano, a duração e diferenciação do efeito sobre diferentes tipos de consumidores.

Com relação ao grau de impacto, além de prejudicar os demais entes ao longo da cadeia produtiva, condutas unilaterais possuem repercussões patrimoniais tanto para os consumidores diretos do infrator, quanto para os competidores², que atuam na mesma fase da cadeia. Isto ocorre porque, diferentemente do cartel, cujo intuito é apropriar-se de excedentes, similarmente ao fenômeno do monopolista, condutas unilaterais, como a utilização de preços predatórios, podem inicialmente inclusive beneficiar o consumidor, que se beneficiará de preços melhores.

Entretanto, uma vez que o incumbente tem sucesso ao excluir ou até mesmo coibir a entrada de novos competidores, a elevação de preços e possível deterioração da qualidade dos produtos é certa – caso contrário, não haveria racionalidade na conduta. Dessa maneira, a cobrança de lucros cessantes como reparação privada é não apenas mais óbvia, como também mais fácil de ser quantificada.

Sobre o momento do dano, diferentemente dos cartéis, as fases de implementação das condutas unilaterais são bastante demarcadas e geralmente remontam um fechamento, seguido por um atrito, onde ocorre a retirada dos demais concorrentes do mercado, e, em seguida, a recuperação, seguida pelo crescimento deste incumbente no mercado. Essas fases terão impacto direto

¹ MAIER-RIGAUD, Frank P.; SCHWALBE, Ulrich. Quantification of Antitrust Damages. In: ASHTON, David; HENRY, David. Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice, 2013.

² Sobre este tema, a American Bar Association, em publicação que trata sobre a prova nas ações reparatórias, igualmente ressalta tal diferenciação: *“Thus, exclusionary conduct cases may be brought by either a rival or a customer (or class of customers). In this way, exclusionary conduct cases differ from price-fixing cases, in which competitors to the price-fixing conspirators typically do not have a claim to antitrust injury”*, in: AMERICAN BAR ASSOCIATION. Proving antitrust damages: legal and economic issues. 3a Ed. Chicago: 2017, p. 275.

não apenas na duração do efeito sobre concorrentes e consumidores, como também na forma com que são afetados, uma vez que, em razão do tratamento diferenciado com relação a consumidores específicos (por exemplo, oferecendo compensação a alguns deles), é possível que consumidores não sejam afetados de forma homogênea

Certamente, a proliferação da utilização de vieses comportamentais especialmente no contexto das plataformas digitais pode acentuar este fenômeno, ocasionando um desnível no grau de afetação dos consumidores com relação à prática, o que precisará ser levado em conta no momento de quantificar o dano.

No que diz respeito à duração do efeito – em que pese as calorosas discussões que debatem uma extensão de efeitos no contexto dos cartéis em licitação – ao passo em que o efeito do cartel normalmente não se sustenta por muito tempo após o encerramento da prática colusiva (o que também dependerá de características próprias de cada mercado, como a elasticidade da demanda, por exemplo), condutas unilaterais poderão implicar em saídas forçadas ou entradas impedidas, o que possibilita que os efeitos da infração perdurem por muito tempo após a cessação da conduta.

Ora, todas estas distinções carecem de um tratamento próprio e chamam atenção para a necessidade de fortalecer o *enforcement* concorrencial privado também com relação às condutas unilaterais – o que pode não apenas assumir a forma de tutelas reparatórias, como ressaltaram Camargo e Violada (2021)³, mas também, no formato das chamadas “*stand-alone suits*”, de tutelas declaratórias, desconstitutivas, inibitórias ou mesmo reintegrativas.

Com o crescimento na quantidade de casos envolvendo infrações unilaterais e discutindo complexidades adicionais no que diz respeito às características inerentes às plataformas, observemos as cenas dos próximos capítulos. Mardsden (2013)⁴, ao referir-se sobre a interação entre os dois tipos de *enforcement*, manifestou o entendimento de que o ideal seria que sua interação seguisse um modelo de engrenagens, como um veículo híbrido, que pudesse

³ GOMES, Adriano Camargo; VIOLADA, Kelly Fortes. Private enforcement do direito concorrencial: a tutela dos direitos nos casos de conduta unilateral. In: MOTTA, Ricardo; OLIMPIA, Anna. Concorrência: um olhar contemporâneo sobre condutas unilaterais. São Paulo: Editora Singular, 2021, p. 125-142.

⁴ MARSDEN, Philip. Public-Private for effective enforcement: some “hybrid” insights? In: FABBIO, Philipp, MARSDEN, Philip; WALLER, Spencer Weber. Antitrust Marathon V: When in Rome Public and Private Enforcement of Competition Law. European Competition Journal, Vol. 9, Número 3, 2013, p. 510-511.

alternar suas baterias de acordo com a necessidade naquele momento. Ainda há muita estrada pela frente até que o Brasil possa atingir este “estado da arte” de aplicação do Direito Concorrencial, mas é possível que os novos desafios trazidos com a proliferação de condutas unilaterais possam acelerar este processo.

Um projeto sobre redação de decisões

Mauro Grinberg

O Projeto de Lei nº 3.326, de 2021, do ilustre Deputado Paulo Bengtson, merece no mínimo o adjetivo de curioso pois acrescenta o parágrafo 4º ao art. 489 do Código de Processo Civil (CPC), (que estabelece os “elementos essenciais da sentença”): “a reprodução do dispositivo da sentença em linguagem coloquial, sem a utilização de termos exclusivos da linguagem técnico-jurídica e acrescida das considerações que a autoridade judicial entender necessárias, de modo que a prestação jurisdicional possa ser plenamente compreendida por qualquer pessoa do povo”.

Já existem muitos trabalhos que procuram fazer com que as apresentações feitas pelas partes e pelos seus advogados, sejam mais simples, em geral mais curtas; mas poucas vezes encontramos trabalhos dirigidos à própria linguagem das decisões. Agora encontramos um projeto dirigido aos magistrados. E, por inferência óbvia, aos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Com efeito, há situações em que até os advogados têm dificuldades de entender o conteúdo – e sobretudo a parte dispositiva – de determinadas decisões, embora para isso existam os embargos de declaração. s

Aos julgadores deve ser imputado o mesmo dever de clareza que é imputado aos advogados. Esse dever de clareza não se coaduna com linguagem rebuscada e citações óbvias ou aleatórias. A decisão deve não só obedecer aos ditames do art. 489 do CPC como também ser direta aos pontos no preenchimento desses requisitos, sendo que existem pontos positivos – (i) o relatório, (ii) os fundamentos (ou seja, a razão de decidir) e (iii) o dispositivo (ou seja, a decisão propriamente dita).

Mas existem os requisitos negativos, tão importantes quanto os positivos, sobretudo na parte em que o § 1º diz o que não deve ser considerado fundamento. É de suma importância o inciso VI deste parágrafo: “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Aliás, no caso dos processos administrativos, o inciso comentado está em linha com o inciso XIII do art. 2º da Lei 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, sendo que esse dispositivo veda “aplicação retroativa de nova interpretação”.

Vistas essas características necessárias da decisão, cumpre voltar nossa lente para o projeto em si e verificar a dificuldade de sua aplicação pela impossibilidade, na prática, de definir o que é linguagem coloquial e o que é a compreensão de qualquer pessoa do povo. Os conceitos aqui são extremamente vagos; a decisão deve ser entendida por um funcionário público, um operário, um médico, um musicista, um fisioterapeuta, um programador de computadores? Como definir qualquer pessoa do povo? Alguém com que grau de educação formal?

O esforço legislativo é louvável, mas essas definições faltam para integrar o texto proposto. Há aqui mais perguntas do que respostas. De fato, o que é linguagem coloquial? É aquela dos personagens de Jorge Amado em “Capitães da Areia”? É o tatibitate infantil? É o linguajar de uma parte da nossa juventude (amigo vira “bróder”, beleza vira blz, olá vira oiê e assim por diante)? Deve-se usar a linguagem coloquial de que região do país? Onde fica a gíria nisso tudo? Como um Juiz pode escrever em linguagem coloquial, por exemplo, que uma ação é improcedente e a reconvenção é procedente? Haverá embargos de declaração para adaptar a linguagem jurídica à linguagem coloquial?

Enfim, o rol de questões levantadas pelo projeto comentado é muito grande e desde logo cumpre destacar que a obrigatoriedade do uso da linguagem coloquial encontra obstáculos imensos. Não há como fazê-lo sem que se use um glossário, este mesmo mutável na medida que é mutável também a linguagem coloquial.

Nada impede, todavia, que se busque a maior simplicidade na redação jurídica, sendo que isso vale não só para os julgadores como também para os que peticionam. Frequentemente são ouvidas críticas de parte a parte a respeito da prolixidade de determinados textos. Pode-se, por exemplo, usar anexos (ou links) para evitar citações longas no corpo do texto; esta iniciativa torna o texto mais eficiente ainda mais quando o processo é eletrônico.

É preciso ter em mente, todavia, que o uso da linguagem coloquial (ou mesmo pretensamente coloquial) não pode nunca comprometer a compreensão do texto por quem quer que seja. Afinal, séculos de cultura jurídica não podem ser jogados às traças pela vontade de se fazer entendido pelos que tiveram menores possibilidades de estudo.

Em todos os textos, é preciso escrever bem, não apenas com correção gramatical mas sobretudo seguindo o determinado roteiro: (i) descrição e/ou histórico, (ii) preliminares (quando existentes), (iii) mérito, (iv) conclusão e (v) requerimento. A decisão judicial final deve seguir o mesmo roteiro, embora considerando que as questões preliminares (se existentes) já devem ter sido resolvidas no despacho saneador.

É claro que esse roteiro pode sofrer algumas variações, sobretudo em questão de estilo. Um argumento decisivo, aquele que resolve a questão, pode ser apresentado no início do texto, ainda que deva ser repetido no roteiro acima apresentado. Com efeito, esta abertura com um argumento definitivo chama a atenção da interlocução, julgador ou parte, para o ponto mais importante. É o que Antonin Scalia e Bryan A. Garner preconizam (“Making your case”, Thomson West, St. Paul, MN, 2018, pág. 14).

Voltando ao tema do projeto, os mesmos autores mencionam um caso em que um enorme desastre ecológico passou a ser caracterizado pelos advogados como um “incidente” e logo todos os demais atores do processo passaram a usar a mesma denominação para o evento (obra citada, pág. 36). Assim, um crime ambiental passou à categoria de incidente pelo simples fato das palavras terem sofrido manipulação.

Assim, buscar a linguagem coloquial encontra um obstáculo tangível: é preciso usar a linguagem correta e as palavras certas para cada situação. Concluindo, trata-se de um projeto com excelentes intenções, mas que, se for transformado em lei, será de implementação altamente duvidosa.

ARTIGO 36 da Lei de Defesa da Concorrência: um caso de inconstitucionalidade parcial

Mauro Grinberg

Estabelece o caput do art. 36 da Lei 12.529/2011, aqui referida como Lei de Defesa da Concorrência (LDC): “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”. E segue a lista das possíveis infrações, aqui mencionada apenas para dar completude ao texto, até porque a afronta à Constituição ocorre no caput: “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, “aumentar arbitrariamente os lucros” e “exercer de forma abusiva posição dominante”.

Tem-se aqui manifestação clara do direito administrativo sancionador, que não pode prescindir dos elementos de dolo ou culpa para eventual condenação, já que constitui punição por ato ilícito. Esclarece Fábio Medina Osório que “consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflictivos, com alcance geral e potencialidade *pro futuro*, imposto pela Administração Pública (...) como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar (...)”¹.

Lembremos aqui que Alexandre Cordeiro (aliás baseado expressamente em Fábio Medina Osório), diz claramente que “o que realmente faz sentido, e não vejo nenhum problema nisso, é a importação para o direito administrativo sancionador de alguns institutos do direito penal”². Em trecho anterior do mesmo artigo, o autor diz que “o que se procura saber na culpabilidade é se a sociedade, naquelas condições em que o agente se encontrava, o autoriza a agir em desconformidade ao direito”³. Temos aqui um vislumbre do que pode ser a exigência de ato volitivo, ainda que carente de interpretação, para a configuração de infração da ordem econômica.

¹ “Direito Administrativo Sancionador”, RT, São Paulo, 2019, pág. 105

² “Teoria Normativa da Culpabilidade no direito antitruste”, Jota, 09/08/2017, pág.13

³ Obra citada, pág. 11

O que não se pode admitir é uma infração assemelhada à penal – por ser parte do Direito Sancionador – que um agente cometa “sem querer”, por mero acidente, sem dela ter a vontade de participar e, pior ainda, sem a consciência de participar de um ilícito. Imagine-se, ainda que de forma exagerada (mestres de antigamente gostavam das demonstrações por absurdo), que garçons e outros funcionários de um restaurante sejam processados porque nas mesas do local houve um conluio e os funcionários serviram os infratores.

Neste ponto devemos retornar à origem de tudo, ou seja, à Constituição Federal, cujo § 4º do art. 173 dispõe: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Que se ressalte aqui a expressão “que vise a”, adiante revisitada. Desde logo é possível constatar que o caput do art. 36 da LDC extrapolou o texto constitucional que lhe dá sustentação e que lhe deve servir de orientação, havendo aqui duas expressões que merecem exame especial para se concluir pela inconstitucionalidade parcial do artigo: “ou que possam produzir” e “independentemente de culpa”.

Com efeito, o texto constitucional só se refere ao abuso “que vise a”, ou seja, que tenha por objetivo, que seja intencional. Já o caput do artigo 36 da LDC fala em atos “que tenham por objeto” (neste caso de acordo com o texto constitucional) ou que “possam produzir” determinados efeitos. Os atos que “possam produzir”, sem que haja o elemento da vontade do agente, são desautorizados pelo texto constitucional, estão fora do limite neste contido. Mais ainda, se o ato pode produzir determinado efeito, ainda que sem a vontade do agente, aqui possível responsável objetivo, também resta óbvio ser inconstitucional a expressão “independentemente de culpa”, além, obviamente, da expressão “possam produzir”. Retornemos à expressão “que vise a” do texto constitucional, lembre-se, com Celso Ribeiro Bastos, que “não se pode esvaziar por completo o conteúdo de um artigo, qualquer que seja, pois isso representaria uma forma de violação da Constituição (...) todos preceitos constitucionais têm valia, não se podendo nulificar nenhum”⁴

Aos que entendem que a interpretação acima pode ser simplória, diz Celso Ribeiro Bastos que, “a não ser excepcionalmente, e de forma devidamente fundamentada, não se deve atribuir aos termos interpretados significado distinto daquele que estes termos têm na linguagem comum”⁵. Temos aqui uma orientação segura de que a expressão “que vise a” do § 4º do

⁴ “Hermenêutica e Interpretação Constitucional”, IBDC/Celso Bastos, São Paulo, 1997, pág. 105

⁵ Obra citada, pág. 112

art. 173 da Constituição deve ser entendida pelos atores do direito da mesma forma que uma pessoa medianamente instruída o faria: denotando intenção. Isso significa que (i) a produção de efeitos só vale se houver intenção e, mesmo sendo em parte repetitivo, (ii) não há infração da ordem econômica independente de culpa.

Vale também observar que um texto legal pode ter inconstitucionalidade apenas parcial, sendo este o caso aqui tratado. Zeno Veloso é claro ao mostrar que, “residindo a inconstitucionalidade numa parte, num segmento, num período da norma, em uma expressão, numa frase, ou até numa palavra, a inconstitucionalidade parcial é declarada, salvando-se o remanescente”⁶. De fato, o que se vê no caso concreto é a inconstitucionalidade de duas expressões do art. 36 da LDC: “independentemente de culpa” e “ou possam produzir”.

A Constituição de 1946 foi também clara – como a atual – neste tema ao prescrever, no art. 148: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

Benjamin Shieber assim discorre sobre esse artigo constitucional, como certamente discorreria sobre o texto atual: “A legislação expressamente baseada nessa outorga constitucional não deve ir além do mandato, afastando a finalidade da conduta como elemento de sua ilicitude. Isto posto, impõe-se a conclusão de que a lei deve ser interpretada pelo CADE como se a expressão ‘de propósito’ modificasse as palavras ‘dominar’ e ‘eliminar’ (...)”⁷.

Por estas razões, são claramente inconstitucionais as expressões “independentemente de culpa” e “ou possam produzir” do art. 36 da LDC. Também claramente, a infração da ordem econômica exige o elemento volitivo, a intenção de cometer a ilicitude.

⁶ “Controle Jurisdicional de Constitucionalidade”, Del Rey, BH, 2003, págs. 163/164

⁷ “Abusos do Poder Econômico”, RT, São Paulo, 1966, pág. 35

A entrada em vigor do *Digital Markets Act* (DMA) na Europa: uma primeira aproximação

Lucia Helena Salgado

Neste mundo sacudido por turbulências e dilemas de toda ordem, observa-se um raríssimo consenso, a unir no mesmo entendimento lideranças e analistas da China, Europa e Estados Unidos. Refiro-me à constatação de que algo precisa ser feito para deter o poder econômico das Big Tech, que na última década vem revelando efeitos nefastos sobre bem-estar. Extrema concentração de renda, precariedade de condições de trabalho, injustiça tributária, ameaça à estabilidade do poder político (às democracias no Ocidente e na versão chinesa, ao poder do Partido Comunista Chinês), a lista de danos é portentosa.

Chama atenção a similaridade entre as questões que afligiam sociedades de ambos os lados do Atlântico há cem anos e as presentes hoje na agenda; naquele tempo, preocupava a concentração de poder econômico nos setores mais dinâmicos da economia: energia, transportes, metalurgia, quando o dinamismo hoje é representado pela economia digital, a precarização das condições de trabalho e a apropriação do excedente por um conjunto diminuto de empresas e seus acionistas.

Naquele tempo, a insatisfação manifestada em greves, protestos, organização de partidos radicais e pressão sobre legisladores, punha sob ameaça o sistema econômico e social assentado sobre o mercado e a busca de lucro, razão porque, de um lado e de outro do Atlântico, foram arquitetadas inovações institucionais que apaziguassem ânimos e gerassem estabilidade social¹.

Nos EUA, a inovação marcante do antitruste, na Inglaterra, e não menos marcante introdução do imposto de renda progressivo, na Alemanha a

¹ A respeito, vale a pena consultar o recente trabalho de Matt Stoller, **Goliath - The 100-Year War Between Monopoly Policy and Democracy**, Simon & Schuster Paperback, New York 2020, que refaz em detalhes o surgimento e a evolução do antitruste nos EUA e recupera seu significado para aquela nação.

previdência social, além do paulatino reconhecimento de direitos trabalhistas requeridos pelos sindicatos nas economias industriais².

Um século depois, além de uma pandemia equivalente em tragédia a que se espalhou pelo mundo ocidental após a então denominada Grande Guerra, os mesmos problemas de extrema concentração de renda, condições de trabalho e remuneração precárias e concentração de poder econômico sobrepondo-se ao poder político ameaçam romper o tecido social em vários pontos do planeta.

A questão central que se propõe para reflexão é: serão os mesmos instrumentos criados naquele período para evitar o acirramento de conflitos sociais nas nações capitalistas suficientes para acomodar interesses e apaziguar ânimos?

Respeitando os limites desta curta nota, vamos ater a discussão aos instrumentos desenvolvidos na colaboração da Economia com o Direito para a análise antitruste. A metodologia padrão de identificação e mensuração de poder de mercado, por mais que tenha evoluído significativamente com a inclusão do instrumental de teoria dos jogos e da econometria, instrumental esse potencializado pelo crescente acesso a microdados e capacidade computacional para operacionaliza-los, não parece adequada para dar conta de mercados de múltiplos lados, onde os principais agentes são mediadores entre oferta e demanda e variáveis típicas da análise econômica - como preços, custos e elasticidades - parecem ausentes da economia de plataformas.

Nas duas décadas deste século, a dificuldade em aplicar o instrumental analítico disponível para identificar, mensurar e simular a concentração de poder de mercado na economia digital, somada ao perfil predominantemente conservador³ do Judiciário norte-americano, redundou no reduzido número de firmas que hoje dominam o espaço virtual onde cidadãos ao redor do planeta interagem, informam-se, movem-se e realizam transações econômicas.

² Sobre a inovação institucional denominada Previdência Social, recomendo a leitura do capítulo 1 de **O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão** de Celia Lessa Kerstenetzky, Campus, Rio de Janeiro 2012. Sobre o imposto de renda progressivo, Thomas Piketty reconta sua gênese e evolução em vários países, em **Capital and Ideology**, Harvard University Press, 2020 (versão em inglês do original em francês). Vale lembrar que essas inovações institucionais tinham como contraponto as lutas operárias que levaram à revolução bolchevique em 1917.

³ Cuidadosamente desenhado, desde o governo Reagan, por administrações republicanas com a indicação à Corte Suprema e às Cortes Recursais de juízes treinados no modelo da Escola de Chicago, avesso à intervenção estatal sobre negócios.

A Comissão Europeia não se rendeu a essa realidade e, mesmo diante da dificuldade para lidar com operações de aquisição de potenciais rivais pelas Big Tech ocorridas nos EUA, tem sido incansável no combate nos anos recentes a abusos de posição dominante por parte dessas empresas em seu território; foram três, na última década, as investigações concluídas contra a Google por práticas abusivas, redundando em multas da ordem de € 10 bilhões. Tais processos, contudo, não foram capazes de induzir qualquer mudança no modo de operação da companhia. Atualmente a Comissão Europeia investiga a tecnologia de publicidade da Google, assim como suas práticas de coleta de dados; os sistemas de pagamento da Apple em sua loja de aplicativos; a coleta de dados pelo Facebook e seu sistema de monetização de publicidade, assim como as práticas da Amazon em seu *marketplace*.

Mudança significativa é a lei proposta pela Comissão Europeia em 2020 e que agora em 2022 entra em vigor na Europa - *Digital Markets Act (2020/0374)*⁴; vem a ser inovação institucional intensamente debatida nos anos recentes, que pode se assemelhar em impacto às inovações lançadas há coisa de um século: a lei Sherman (1890), seguida da lei Clayton e do FTC (1914). A nova lei incorpora elementos regulatórios: restrições e orientações *ex ante*, fortalecendo a função preventiva da Comissão Europeia como autoridade antitruste, reconhecendo a baixa eficácia da intervenção *ex post* (repressiva).

Em outros pontos do planeta, a leniência com relação ao acúmulo de poder por parte das grandes empresas da economia digital parece também ter ficado no passado: enquanto na Europa se debatia a introdução de uma lei com instrumentos híbridos (*ex ante* e *ex post*), reforçando a autoridade da Comissão Europeia, também nos Estados Unidos o Congresso comandava investigação, que redundou em portentoso relatório sobre a concorrência em mercados digitais, concluindo com propostas de fortalecimento dos instrumentos antitruste do Poder Executivo. O governo Biden abraçou esse conjunto de propostas para fortalecer os mecanismos de combate à monopolização dos mercados digitais no Decreto⁵ publicado em julho de 2021.

Em uníssono, a autoridade antitruste chinesa multou a gigantesca empresa de comércio eletrônico Alibaba no montante equivalente a US\$ 2.8

⁴ A respeito leia-se o *Press Release* de 24/03/2022 do Parlamento Europeu “*Deal on Digital Markets Act: EU rules to ensure fair competition and more choice for users*” (Press Releases IMCO 24-03-2022 - 23:24).

⁵ *Executive Order on “Promoting Competition in the American Economy”* de 09/07/2021, disponível em www.whitehouse.gov

bilhões por requerer exclusividade dos comerciantes operando em sua plataforma (proibindo-os de vender em plataformas rivais). Acordos de exclusividade da Tencent (conglomerado de tecnologia) assinados com gravadoras globais de música foram proibidos, assim como foi bloqueada a aquisição pretendida pelo conglomerado dos dois maiores *sites* de *streaming* de jogos na China, Huya e DouYu⁶. Em paralelo, o governo chinês trabalha no reforço de regras antitruste para conter a expansão das empresas na economia digital. O recado tem sido claro: nenhuma empresa pode ousar concentrar poder econômico a ponto de desafiar o poder político, enquanto este encontra-se firmemente atado ao compromisso de longo prazo de garantir o compartilhamento dos frutos do progresso entre todos, compromisso esse denominado “prosperidade comum”⁷.

As iniciativas europeia e chinesa, assim como a disposição do governo norte-americano, reforçada pelo legislativo (onde a desconfiança acerca do poder acumulado pelas Big Tech encontra eco republicanos e democratas) deverá levar a mudanças no modelo de negócios nas plataformas digitais, abrindo espaço para novas soluções de mercado que, com maior transparência, devolvam poder de decisão e barganha tanto a consumidores como a trabalhadores. Certo é que o pressuposto da eficiência econômica (redução de custos) como motivação das operações de fusão e aquisição de concorrentes (e potenciais rivais em mercados adjacentes), um mantra hipnótico consagrado pela Escola de Chicago⁸, já não detém a hegemonia que manteve por décadas

⁶ Anu Bradford, “*A Reckoning for Big Tech*” in Project Syndicate, Reckonings: The Year ahead, 2022, 2021 p 86-89.

⁷ Note-se que, mais do que uma iniciativa isolada do governo comunista chinês, o compromisso “prosperidade comum: encontra raízes milenares na cultura chinesa, na qual a legitimidade do poder estatal repousa no compromisso deste com o bem-estar da sociedade. Darus Acemoglu e James Robinson descrevem na obra State, Society and the Fate of Liberty (Penguin Group, 2019) como o Estado na China sempre deteve poder absoluto sobre a sociedade, mas a contrapartida do reconhecimento do “Mandato vindo dos Céus” do Imperador era a confiança de que seus poderes seriam empregados em favor do bem-estar dos súditos. Ao longo da milenar história chinesa, quando isso não ocorreu, houve revoltas e deposição de governos. Os preceitos morais de Confúcio, na busca da harmonia social, longe de serem substituídos por novos preceitos a partir de 1949, seguem profundamente arraigados na relação entre Estado e sociedade. Acentuam os autores que, conforme dita a filosofia confuciana, a conduta moral do governante o obriga a ter como parâmetro de suas decisões o bem-estar de seus súditos.

⁸ Nas conhecidas leituras de Posner, Stigler, Bork, Eastenbrook e seguidores.

entre autoridades antitruste, políticos e acadêmicos. Espera-se que o que Anu Bradford, professora da Columbia Law School, denominou “o efeito Bruxelas”⁹ somado ao “efeito China” despertem do torpor induzido pela hipnose “chicagoana” também os tomadores de decisão no Brasil, para que consumidores e trabalhadores não fiquem para trás nesse ambiente econômico que se redesenha.

⁹ The Brussels Effect: How the European Union Rules the World - Anu Bradford, Oxford University Press, 2020.

Regulação de risco em tempos de incerteza: lições da ciência comportamental

Lucia Helena Salgado

A ciência comportamental vem informando a tomada de decisão em políticas regulatórias há mais de uma década. Trazida ao conhecimento do público leigo em 2008, com a publicação do livro de Cass Sustein e Richard Thaler, *Nudge*¹, os relatos de experimentos ali reunidos revelaram quão potente pode ser a “arquitetura da escolha” para elevar o nível de bem-estar social. Os exemplos hoje já clássicos - como a mudança na disposição de itens saudáveis à frente de ultraprocessados em cantinas escolares, induzindo mudanças de hábitos alimentares, e a mudança do *default* de não-doador” para “doador” em cadastros, levando a significativo aumento do número de doadores de órgãos na Suécia -, demonstraram que pequenas alterações em menus de escolhas podem levar a mudanças importantes de comportamento, com reflexos positivos tanto para a sociedade como para o próprio tomador de decisão.

Ao tempo em que *Nudge* se revela um best-seller e era traduzido para várias línguas, Obama vencia as eleições presidenciais estadunidenses e tomava posse, convidando para liderar o OIRA² - o ente na Casa Branca responsável desde 1980 por avaliar e encaminhar todas as propostas regulatórias do Executivo - seu ex-professor em Yale e autor da obra, Cass Sustein. Richard Thaler³ por sua vez, no ano seguinte, foi convidado pelo governo bipartidário britânico de Cameron a criar e dirigir uma unidade executiva capaz de rever e propor políticas regulatórias fundamentadas nos ensinamentos da ciência comportamental, o *Behaviour Insights Team*. A unidade completou 10 anos em 2020, e vem servindo de inspiração para unidades com o mesmo desenho e

¹ Cutucada ou cutucão, em português informal, foi o título escolhido pelo editor e seu faro comercial para a obra de Sustein e Thaler sobre a arquitetura da escolha: *Nudge, Improving Decisions about Money, Health and Happiness*, Yale University Press, 2008.

² Office of Information and Regulatory Affairs.
<https://www.whitehouse.gov/omb/information-regulatory-affairs/>

³ Que em 2017 recebeu o Nobel de Economia, o segundo prêmio conferido à linha de pesquisa de economia comportamental, atrás de Daniel Kahneman, que recebeu o Nobel em 2002 em função da importância dos achados em psicologia comportamental para a revisão do princípio individual-metodológico baseado em perfeita racionalidade.

propósito, na Comissão Europeia, na província de Vitoria, Austrália, no Banco Mundial e na OMS, dentre outras⁴. O núcleo de estudo, revisão e desenho de políticas implantado originalmente no Reino Unido segue um formato bem-sucedido naquela jurisdição, já testado desde o governo de Tony Blair para reformular a intervenção regulatória: é uma força tarefa interdisciplinar, conectada em rede de diálogo e cooperação com órgãos de governo e com a academia, em permanente processo de aperfeiçoamento e revisão de desenho⁵.

Em paralelo a essas iniciativas, a OECD⁶ abraçou a missão de pesquisar e relatar a aplicação de ciência comportamental⁷ nos processos de melhoria regulatória. A abordagem mostrou-se perfeitamente ajustada ao objetivo perseguido desde o início do milênio por muitos países, inclusive o Brasil, de aperfeiçoamento da regulação por meio da adoção de análises de impacto tanto *ex-ante* como *ex-post*, baseadas em evidências empíricas obtidas com metodologia científica⁸. Nos relatórios que publica regularmente sobre experiências nacionais⁹, a organização costuma assinalar que a abordagem de política regulatória fundamentada em insights comportamentais é apoiada em evidências, ao procurar identificar o que de fato guia as decisões dos cidadãos, deixando de lado premissas de como os cidadãos “deveriam agir” para fundamentar intervenções regulatórias¹⁰.

Insights comportamentais têm iluminado com especial brilho situações a demandar intervenção regulatória em que há riscos a serem ponderados (em contraponto a benefícios). A premissa é que é essencial compreender como as pessoas tomam (de fato) decisões em condições de incerteza e risco, os atalhos mentais utilizados e os erros sistematicamente

⁴ Organização Mundial da Saúde. Uma consulta rápida ao Google oferece os endereços virtuais de cada uma dessas unidades.

⁵ Tanto que, uma vez consolidada como instituição, após dez anos passou a operar de forma independente do governo. Confira em www.bi.team

⁶ Organization for Economic Co-Operation and Development.

⁷ *Behaviour Insights* tem sido a expressão mais frequente para designar essa nova abordagem.

⁸ A respeito vale consultar Marcos Regulatórios no Brasil - Aperfeiçoando a Qualidade Regulatória, Salgado, L.H. e Fiuza E.S.P. (orgs), volume de 2015 da coleção disponível no repositório de conhecimento do IPEA <http://repositorio.ipea.gov.br>

⁹ Acessíveis em www.oecd-library.org

¹⁰ O que equivale a substituir a hipótese do indivíduo (tomador de decisão) racional-maximizador perfeitamente informado pela observação da decisão humana em contexto social e condições de incerteza e informação incompleta.

incorridos, para desenhar regulações que auxiliem os indivíduos a evitar os erros de avaliação. Por que a regulação em condições de risco beneficia-se especialmente de fundamentos da ciência comportamental? Porque erros nessas condições são sinônimos de tragédias, envolvem perdas de vidas, danos irreparáveis à sociedade e a seu ecossistema. Riscos envolvem probabilidade e gravidade de ocorrências. Um evento pode ser de altíssima gravidade mas de probabilidade insignificante; pode ser de gravidade média - danos reparáveis - com probabilidade moderada, pode ser de baixa gravidade mas com alta probabilidade - o que recomendaria medidas preventivas leves, e daí por diante; consideradas em um contínuo, gravidade e probabilidade, as combinações tendem ao infinito, embora possam ser abordados por intervalos. Amos Tversky e Daniel Kahneman, no artigo “*Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*”¹¹, marco dos estudos em economia comportamental, concluem que as regras da estatística não fazem parte do repertório inato humano; não obstante, é parte da condição humana a tomada de decisões a todo momento, sendo elas em grande parte referidas a um futuro - imediato ou distante - sobre o qual paira incerteza. Para transitar nesse mundo de incertezas, povoado por riscos, motivados seja por receios seja por esperanças, os indivíduos tomam decisões, fazem escolhas, arriscam ou se protegem, com base em heurísticas - regras práticas de comportamento, que simplificam inconscientemente o processo de tomada de decisão. Os autores identificam especialmente três heurísticas empregadas nas inferências sob incerteza: representatividade, disponibilidade e ancoragem, destacando, nas suas palavras, que:

“Essas heurísticas são altamente econômicas e usualmente efetivas, mas levam a erros sistemáticos e previsíveis. Uma melhor compreensão dessas heurísticas e dos desvios a que levam podem aperfeiçoar julgamentos e previsões em condições de incerteza.” (pp. 1124, tradução livre).

Adiante Thaler denominaria essas regras práticas, que podem levar, por afastamento da racionalidade, a erros sistemáticos de avaliação em tomada de decisão (com consequências econômicas significativamente negativas), de “anomalias”¹². Pesquisas subseqüentes expandiram o rol de erros de avaliação

¹¹ *Science*, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131. Stable URL: <http://links.jstor.org/sici?sici=0036-8075%2819740927%293%3A185%3A4157%3C1124%3AJ>

¹² Richard Thaler, quando editor da *American Economic Review*, publicou como prefácio, a cada número, um ensaio sobre eventos econômicos em que a tomada de

(ou vieses cognitivos) e revelaram importante aplicabilidade para políticas de intervenção regulatória, a ponto de hoje ser obsoleto tratar-se de intervenção regulatória para lidar com um problema sem considerar com o devido cuidado o impacto na percepção dos agentes e sua reação em face tanto do problema como da intervenção.

A pandemia de COVID-19 colocou em evidência a importância da análise de riscos para o desenho regulatório. Quando incluída com método e rigor, a variável risco pode aumentar a efetividade e eficiência da política pública, à medida em que substitua receios, esperanças e opiniões - que traduzem heurísticas tipicamente humanas - por diretivas simples e claras, balizadas no exame criterioso de dados.

Este momento histórico representado pela pandemia já proporciona a observação de verdadeiros experimentos naturais, como a variância de comportamentos com respeito ao protocolo básico indicado pela OMS, tão logo os estudos levaram ao consenso científico em torno da importância de afastamento mínimo, higiene das mãos e uso de máscaras adequadas. Onde o público foi orientado pelas autoridades diretamente, com clareza e objetividade sobre a importância do protocolo, a adesão prevaleceu; onde essa condução não se deu, as heurísticas conduziram as decisões. Na dúvida sobre que conduta adotar? O mais seguro é a heurística de conformidade: seguir o comportamento do seu grupo social, daqueles em quem o sujeito deposita confiança, daqueles com quem se identifica.

Muitos estudos ainda serão publicados sobre os impactos da pandemia nos rumos do planeta; a produção científica vem tomando proporções gigantescas desde 2020, assim como tem crescido a colaboração em pesquisa e compartilhamento de dados, proporcionados pelas novas tecnologias. O desenho de políticas regulatórias tem muito a ganhar nesse processo em que a avaliação de risco fundamentada nos ensinamentos da ciência comportamental venha a se tornar rotineira na condução de processos de tomada de decisão em políticas públicas.

decisão dos agentes demonstrava uma sistemática violação do princípio racional-maximizador. Esses ensaios posteriormente foram publicados no livro *The Winner's Curse: Paradoxes and Anomalies of Economic Life*, 1991.

Do carimbo ao *blockchain*: a pequena revolução no registro de empresas no Brasil

Unie Caminha

Existem determinados aspectos ligados à atividade dos empresários que podem passar despercebidos à academia, mas são cruciais àqueles que advogam na área empresarial. De fato, especialmente nessa área do Direito, a distância entre a teoria e a prática pode se mostrar quase que intransponível e muito mais tortuosa que em outras.

Um desses aspectos é o registro de empresas, sistema instituído pela Lei 8934/94 que cuida de examinar formalidades e dar publicidade a atos das empresas e outras atividades correlatas, como leiloeiros. Desde a posituação do Direito Comercial no Brasil existiram entidades responsáveis pelo registro de empresas – desde os Tribunais do Comércio até as Juntas de hoje, e a natureza e função desse registro sempre teve por base o fato de o Direito Comercial ser considerado, desde seu nascedouro, um Direito especial (ou corporativo).

Fato é que o arquivamento de atos societários nas juntas comerciais tem como principais funções dar publicidade a esses atos para que possam ser opostos a terceiros, e a verificação de sua adequação formal de seus termos. Não há – nem deve haver, exame de mérito por parte dos órgãos registrais.

Durante muito tempo, e por vários aspectos nem sempre ligados às Juntas Comerciais, o registro empresarial foi associado a lentidão, burocracia e ineficiência, mas o fato é que esse cenário tem sido alterado e com relativa rapidez nos últimos anos.

Uma silenciosa revolução iniciou-se com a edição da Lei 13.874 de 2019, conhecida como a Lei da Liberdade Econômica. Essa Lei, oriunda da conversão da Medida Provisória 881, acabou incorporado dispositivos de outra MP que não foi votada a tempo e acabou por caducar. Foram esses dispositivos que iniciaram essas modificações pelas quais vem passando o Registro de Empresas no Brasil, e que já resultaram na diminuição do tempo de formalização de uma empresa de vários dias (e até meses) para poucas horas.

Com efeito, o texto da Lei da Liberdade Econômica dispensou formalidades como autenticação de documentos em cartórios, decisão colegiada para arquivamento atos societários de sociedades anônimas – exceto

constituição, e ainda instituiu o registro automático por utilização de documentos padrão, ou oriundo do não cumprimento de prazo de análise pelas juntas comerciais.

Como exemplo, o registro automático, deferido quando o usuário do sistema opta por utilizar os modelos de constituição de sociedades limitadas, reduziu para horas o prazo de constituição de empresas. Note-se que o deferimento do arquivamento automático não impede que eventuais irregularidades sejam examinadas posteriormente e, caso sejam julgadas insanáveis, o registro deve ser cancelado.

Criou-se ainda o deferimento de arquivamento por decurso de prazo, que ocorre, por provocação dos interessados caso as juntas comerciais não observem os prazos legais para esses arquivamentos.

Além disso, outras formalidades paralelas ao registro de empresas, como alvarás e licenças emitidas por órgãos municipais foram dispensadas ou flexibilizadas de acordo com a classificação de risco das atividades a serem desenvolvidas pelo empresário.

Em junho de 2020, o Departamento Nacional de Registro de Empresas e Integração revogou 45 Instruções Normativas que regulavam os diversos processos relativos a arquivamentos e registros nas Juntas Comerciais. No mesmo ato (a IN 81 de 2020), consolidou todos os procedimentos, modelos e orientações em um só texto, com o intuito de simplificar e facilitar a unificação do entendimento das juntas de cada estado.

Ainda mais recentemente, em agosto de 2021, a Lei 14.195, apelidada de Lei do Ambiente de Negócios trouxe mais inovações para o registro de empresas, além de outras correlatas. Dentre elas, destacam-se a competência do DREI para autorizar abertura de filiais, agências ou sucursais (que anteriormente necessitavam de Decreto Presidencial); possibilidade de desconcentração e terceirização de serviços das Juntas, desnecessidade de autorização governamental para arquivamento de atos societários (que eram exigidos, por exemplo, para quaisquer atos de instituições financeiras e assemelhadas); e além disso a dispensa, para os atos levados a arquivamento nas juntas comerciais, de reconhecimento de firma.

Não podem mais ser exigidos, nos termos da mesma Lei, para aqueles que realizam seus registros por meio da Redesim quaisquer outros números de identificação além do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), número de identificação cadastral única, nos termos do inciso III do caput do art. 8º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; dados ou informações que constem da base de dados do governo federal; coletas adicionais à realizada no âmbito do sistema responsável pela integração, a qual

deverá ser suficiente para a realização do registro e das inscrições, inclusive no CNPJ, e para a emissão das licenças e dos alvarás para o funcionamento do empresário ou da pessoa jurídica.

A respeito dos impactos da Lei de Ambiente de Negócios, a Associação Brasileira de Jurimetria realizou um estudo sobre seus impactos no registro de empresas¹, com relação às pesquisas de viabilidade (nome e endereço). Apesar de o estudo ter apontado impactos diferentes a depender da unidade da federação considerada (muito em virtude a integração das prefeituras ao sistema, pode-se verificar a diminuição dos prazos para a formalização e registro de empresas e empresários.

Ainda outras inovações, como o uso de tecnologia de *blockchain* para dar maior segurança aos dados e documentos registrados nos sistemas (inaugurado pela Junta Comercial do Estado do Ceará), esclarecimentos sobre a possibilidade de integralização de capitais com criptoativos e as assinaturas digitais por meio do sistema GOV.BR procuram retirar, de vez, o registro empresarial da “era dos carimbos”.

Para aqueles que, mesmo sendo estudiosos da teoria do Direito da Organizações Empresariais, não vivem, na prática de seu dia a dia, a aplicação das normas que conhecem no papel, essas mudanças podem parecer menores ou mesmo imperceptíveis. Todavia, representaram um ganho real na vida dos empresários e daqueles que a eles prestam serviços jurídicos.

¹ - Estudo realizado antes da conversão da MP1040 em Lei, disponível em <https://lab.abj.org.br/posts/2021-06-11-analise-1040/>, acesso em 11 fev 2022.

A interface entre *blockchain* e Direito antitruste

Polyanna Vilanova

Isabel Jardim

Ana Flávia Napoli

O mundo está sempre em evolução e, com a expansão da internet, as mudanças ocorrem em uma velocidade impressionante, impulsionadas por inovações tecnológicas que afetam a forma como vivemos e como os negócios são feitos. Se o Direito usualmente tem dificuldades para acompanhar o ritmo dos passos da sociedade, agora este desafio se torna ainda maior.

Nos últimos anos, a tecnologia *blockchain* vem ocupando lugar central nas discussões sobre inovação, sendo apontada por muitos pesquisadores e tomadores de decisão dos setores público e privado com atuação nas mais diversas áreas e não apenas no Direito, como uma das mais expressivas transformações na ordem econômica e social das últimas décadas. Segundo um estudo realizado pelo Fórum Econômico Mundial, é possível que dez por cento do produto interno bruto global esteja armazenado em *blockchain* em 2027¹.

A tecnologia, conforme descrito no relatório do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio sobre *blockchain*, carrega em seu nome o seu significado: “*trata-se de uma base de dados organizados através de blocos encadeados, ou seja: interligados sequencialmente e de forma ordenada, criando um histórico transparente e imutável de transações e registros nela armazenados*”².

A *blockchain* é, dessa forma, um registro digital de transações, porém, devido às suas características, não se resume a um mero banco de dados. Isso, porque a *blockchain* é *descentralizada*, o que significa que a rede não é controlada por uma entidade única ou central, como, por exemplo, uma instituição bancária relativamente às transações financeiras; e é também *distribuída*, dado que os registros são compartilhados com todos os participantes da rede em

¹ World Economic Forum. *Technology Tipping Points And Societal Impact, Survey Report 24*. Set. 2015. Disponível em: < <https://www.weforum.org/reports/deep-shift-technology-tipping-points-and-societal-impact> > Acesso em: 23 dez 2021.

² ITS Rio. *Relatório Blockchain para aplicações de interesse público*. Página 8. Disponível em: < <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Relat%C3%B3rio-ITS-GE-Blockchain-vFinal.pdf> > Acesso em: 24 dez 2021.

que as transações são armazenadas. Ainda, estes registros são distribuídos de forma segura, verificável e permanente, por meio do uso de tecnologias de criptografia³.

Nas palavras de Emmanuelle Ganne, analista do *Economic Research and Statistics Division* do World Trade Organization (WTO), “o *blockchain* permite a criação de um livro-razão compartilhado e confiável em que todos os participantes podem acessar e verificar a qualquer momento, mas que nenhuma parte pode controlar”⁴. A autora pondera, no entanto, que “o mundo do *Blockchain*” é complexo e sofre alterações constantes, de modo que as definições e classificações são mutáveis.

Ainda com relação à conceituação desta tecnologia, cumpre destacar, em linha com a afirmação de Ganne citada supra, que existem diversos modelos de *blockchain*, que variam quanto ao grau de descentralização e acesso, à identificação da identidade dos participantes, aos mecanismos de consenso, à velocidade, ao nível de privacidade, ao consumo de energia, ao pagamento de taxas, dentre outros aspectos. Da mesma forma, a *blockchain* também varia quanto aos seus possíveis usos e finalidades.

Segundo a OCDE, embora exista uma grande gama de variações nos usos e recursos das *blockchains*, já existem algumas classificações importantes, especialmente com relação à abertura do acesso da plataforma (pública ou privada) e à permissão para adicionar informações à *blockchain* (com ou sem permissão)⁵.

As *blockchains* públicas são abertas para o acesso de todos, enquanto as privadas só podem ser acessadas por um grupo determinado de pessoas. Nas *blockchains* com necessidade de permissão, apenas um grupo selecionado de usuários pode gerar transações, registrá-las e verificar novos blocos, enquanto nas *blockchains* que não necessitam de permissão qualquer usuário pode acessar e adicionar dados⁶.

³ Ganne, Emmanuelle. World Trade Organization. 2018. *Can blockchain revolutionize international trade?* Disponível em: < https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/blockchainrev18_e.pdf > Acesso em: 23 dez 2021.

⁴ Ganne. 2018. Ibid., p. 1.

⁵ OCDE. 2018. *Blockchain Primer*. Disponível em: < <https://www.oecd.org/finance/OECD-Blockchain-Primer.pdf> >. Acesso em: 2 jan 2022.

⁶ OECD_2018. Ibid.

Atualmente, diversos autores também classificam esta tecnologia em três gerações, sendo a primeira a das criptomoedas, a segunda a dos contratos inteligentes (*smart contracts*) e a terceira, em que atualmente nos encontramos, a das demais formas de utilização na economia de compartilhamento⁷.

Cada vez mais conhecido do público geral, o Bitcoin é uma criptomoeda de *blockchain* de primeira geração e surgiu como a primeira aplicação da tecnologia, em 2008. O Bitcoin é um exemplo de *blockchain* pública, descentralizada, que não conta, portanto, com nenhuma entidade de controle e que opera com a participação de todos os membros da plataforma (sem necessidade de permissão ou “*permissionsless*”).

Já os *smart contracts*, que figuram na segunda geração de *blockchain*, podem ser definidos como “*distributed applications created and run over the blockchain, which consist of self-executing contracts written as code on DLT ledgers, automatically executed upon reaching pre-defined trigger events written in the code*”⁸.

Como bem descrito por Guilherme Resende, citando a obra “Blockchain + Antitrust - The Decentralization Formula” de Thibault Schrepel (2021), “*a terceira [geração] (blockchain 3.0) abrange todos os outros usos do blockchain, incluindo mídias sociais, pesquisas online, entre outras aplicações como os produtos e serviços geralmente descritos como economia de compartilhamento*”⁹.

Ao observar o veloz desenvolvimento da tecnologia *blockchain*, nota-se que sua utilização vai muito além das criptomoedas e que tem se tornando cada vez mais popular, especialmente entre empresas. Como exemplos, podemos citar a gigante dinamarquesa do ramo de transporte e logística, Maersk, que digitaliza informações da sua cadeia de suprimentos com uso do *blockchain* desde 2018. A rede Carrefour, por seu turno, atualmente monitora com *blockchain* mais de 30 linhas de produtos na cadeia de compra, por meio de um *QR code* fixado aos produtos que apresenta informações aos clientes

⁷ Schrepel, T. (2021) Blockchain + Antitrust: The Decentralization Formula. Edward Elgar Publishing Disponível em: < <https://www.elgaronline.com/view/9781800885523.xml>. >. Acesso em: 2 jan 2022.

⁸ OECD. 2021. *Regulatory Approaches to the Tokenisation of Assets*, OECD Blockchain Policy Series. Disponível em: < <https://www.oecd.org/daf/fin/financial-markets/Regulatory-Approaches-to-the-Tokenisation-of-Assets.pdf> >. Acesso em: 2 jan 2022.

⁹ Resende, G. M. 2021. *Alguns apontamentos sobre antitruste e bitcoin*. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/defesa-concorrenca-alguns-apontamentos-antitruste-bitcoin> >. Acesso em: 5 jan 2022.

sobre a origem dos alimentos. A Daimler, montadora de veículos de luxo Mercedes-Benz usa a tecnologia para agilizar diversos processos, desde a produção até a arrecadação de fundos¹⁰. Estes são apenas alguns exemplos dentre milhares de empresas que já utilizam e desenvolvem a *blockchain* com diferentes propósitos.

Com tantas mudanças no funcionamento de mercados já conhecidos pelas agências antitruste do mundo, bem como com o surgimento de mercados novos, não demorou para que a relação entre o Direito Antitruste e o *blockchain* fosse suscitada.

Notadamente a partir de 2018, agências de defesa da concorrência e organizações intergovernamentais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), passaram a lançar luz sobre este tema por meio da publicação de *papers* importantes, além da produção de documentos de trabalho e da organização de eventos internacionais para o debate e difusão das discussões sobre a interface entre *blockchain* e defesa da concorrência. Além das discussões na OCDE, diversos estudos sobre este assunto passaram a ser publicados no mesmo ano.

Destaca-se o *paper* publicado por Schrepel em junho de 2018, intitulado “Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox”, que descreveu os desafios que a *blockchain* apresenta para análises de práticas anticompetitivas unilaterais e propôs mudanças na legislação e regulamentos antitruste que abordem este tipo de desafio.

Também merece destaque o artigo “Blockchain Competition”, de Ioannis Lianos, publicado no mesmo ano. O *paper* analisou como a *blockchain* pode contribuir para a vantagem competitiva, fornecendo uma análise detalhada das implicações da tecnologia *blockchain* nas leis de defesa da concorrência e na sua aplicação.

Na OCDE, também em 2018, foi realizado o *OECD Global Blockchain Policy Forum*, primeira grande conferência internacional a apresentar um balanço dos impactos da *blockchain* em uma variada gama de atividades governamentais e prioridades públicas.

O fórum abordou os benefícios e riscos da *blockchain* para as economias e sociedades e buscou identificar boas práticas e boas abordagens regulatórias, além de ter investigado o uso da tecnologia em áreas políticas

¹⁰ OECD. 2018. <<https://www.oecd.org/corporate/oecd-blockchain-policy-forum-2018.htm>>.

específicas¹¹. O evento, que contou com a participação de mais de 1000 profissionais, especialistas, acadêmicos e outras partes interessadas dos setores público e privado, focou em cinco assuntos principais: *i)* o potencial impacto econômico global da *blockchain*, *ii)* as implicações na privacidade e segurança cibernética *iii)* o uso da *blockchain* para aumentar a inclusão, *iv)* o uso da *blockchain* para promover a sustentabilidade e *v)* o uso da *blockchain* para fortalecer as práticas de governança e fiscalizaçãoⁱ.

Nos anos seguintes, 2019 e 2020, o fórum buscou avaliar o desenvolvimento da *blockchain* desde os últimos eventos e os desafios específicos de implementação e adoção da referida tecnologia. Além disso, foram discutidas as respostas de políticas emergentes à tecnologia e apresentadas as melhores práticas identificadas em iniciativas públicas de *blockchain* em todo o mundo.

Na quarta edição do fórum, em 2021, além da apresentação e discussão dos temas das edições anteriores, os debates se aprofundaram nos desenvolvimentos mais recentes da tecnologia e nos desafios emergentes em todos os níveis de governança, *“from strengthening cross-border flows and international regulatory cooperation, to better connecting companies with investors and capital, and bringing new levels of transparency to the digital economy and control over our lives online”*¹².

Nessa mesma direção, em 2018, o *Department of Justice* (DOJ) dos Estados Unidos iniciou uma investigação no mercado de criptomoedas¹³. Posteriormente, em 2021, a lei antitruste e a *blockchain* se encontraram na corte americana, no julgamento do caso Bitmain, no qual um desenvolvedor de criptomoedas e uma empresa de mineração processaram mineradores, desenvolvedores e operadores da Bitcoin Cash, criptomoeda criada em 2017, por suposta violação à Seção 1 da Sherman Act e à Seção 4 da Clayton Act. Ao final do julgamento, o tribunal rejeitou a denúncia apresentada por entender que não restou devidamente comprovada a infração anticompetitiva.

¹¹ Mais informações sobre o evento podem ser acessadas em: <<https://www.oecd.org/finance/oecd-blockchain-policy-forum-2018.htm>>.

¹² O fato foi noticiado por diversos meios de comunicação, como no sítio eletrônico da Competition Policy International: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/eeuu-doj-investiga-manipulacion-a-mercados-de-cripto-monedas/>>.

¹³ Department of Justice. Out. 2021. Press Release Number 21-974. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-announces-national-cryptocurrency-enforcement-team>>. Acesso em: 6 jan 2022.

No mesmo ano, o DOJ anunciou a criação de um time para liderar investigações e processos complexos que envolvam o uso ilícito de criptomoedas e *blockchain*, o *National Cryptocurrency Enforcement Team*¹⁴.

Além da preocupação com os possíveis riscos no uso destas tecnologias, o DOJ também vem expressando sua preocupação em proteger a inovação. Nesse sentido, Makan Delrahim, chefe da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA, ainda em 2020, elogiou o potencial das plataformas baseadas em *blockchain* para impedir ou limitar o poder de mercado, eliminando ou reduzindo a necessidade da figura de um intermediário que normalmente opera entre os participantes de plataformas digitais, permitindo assim "*todos os benefícios dos efeitos de rede, minimizando ou eliminando o poder de mercado que normalmente vem com esses benefícios*"¹⁵.

Sobre este ponto, Delrahim destacou que a capacidade de reduzir os custos de rede tem implicações importantes para os mercados analisados pelas agências antitruste, tanto nas investigações de condutas anticompetitivas quanto nas análises de atos de concentração.

A autoridade europeia também vem se debruçando sobre o tema nos últimos anos e expressa apoio para a exploração e desenvolvimento das tecnologias de *blockchain* na União Europeia desde 2018. Durante a *EU Blockchain Roundtable*, realizada em novembro daquele ano, a Comissão Europeia anunciou a criação da "*International Association for Trusted Blockchain Applications*", que trabalha em estreita colaboração com a agência antitruste europeia e com os Estados-Membros e é aberta a qualquer organização disposta a trabalhar na implantação de *blockchain* e *distributed ledger technologies* (DLT) para transformar os serviços digitais¹⁶.

Nos anos seguintes, a Comissão Europeia realizou diversos eventos e fóruns para discussão da interface entre antitruste e *blockchain* e tecnologias DLT, além de discussões sobre as oportunidades que estas tecnologias podem

¹⁴ Department of Justice. Out. 2021. Ibid.

¹⁵ European Commission. News Article. Publication 21. Nov. 2018. Disponível em: < <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/news/eu-blockchain-roundtable-supports-efforts-deploy-blockchain-technologies-eu> >. Acesso em: 6 jan 2022.

¹⁶ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxC0r9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSmM4M2ETTN1Mv7wWLGnEUjWmCLsr9jExmU5t47oOILQ. Acesso em: 8 jan 2022.

gerar para o aprimoramento dos mais diversos setores, como de saúde, transporte, varejo entre outros.

Em outras jurisdições, como no Brasil, o *blockchain* também está na mira de autoridades e pesquisadores, os quais buscam compreender os riscos e as potencialidades dessa tecnologia. Há em trâmite no Conselho Administrativo de Defesa Econômica uma investigação que envolve a imputação a grandes bancos de supostas infrações à ordem econômica ao dificultar o acesso de corretoras de criptomoedas ao sistema bancárioⁱⁱ, implicando necessariamente na análise da tecnologia *blockchain*. Outras investigações provavelmente surgirão, tendo em vista a velocidade da expansão, exploração e desenvolvimento da *blockchain* e DLT em todo o mundo. Além disso, a autarquia é reconhecida pelo seu esforço constante em acompanhar as mudanças ocorridas nos mercados e em implementar as mudanças necessárias para a melhor aplicação da lei antitruste no País, seguindo as melhores práticas internacionais.

Diante deste cenário de profundas e velozes transformações e dado o potencial da *blockchain* e outras tecnologias digitais de transformarem nossas vidas e nossa forma de fazer negócios, empresas, governos, organizações internacionais e da sociedade civil, programadores, profissionais de tecnologia e acadêmicos de todas as áreas, além do próprio Cade, devem continuar trabalhando em conjunto para compreender e avaliar as implicações práticas e jurídicas destas tecnologias e desenvolver soluções para os desafios existentes e os vindouros sem jamais perder de vista a importância da proteção e do estímulo à inovação.

A interface entre *blockchain* e Direito Antitruste: condutas anticompetitivas

Polyanna Vilanova

Isabel Jardim

Ana Flávia Napoli

Em nosso artigo anterior desta coluna, buscamos apresentar, de forma sintética, um pequeno panorama histórico do desenvolvimento da tecnologia *blockchain*, bem como das discussões sobre sua inter-relação com o Direito Antitruste.

Conforme expusemos, muito se tem discutido sobre os impactos e transformações que essa tecnologia vem causando e ainda poderá causar na ordem econômica e social. Por este motivo, a partir de 2018, agências de defesa da concorrência e organizações intergovernamentais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), passaram a lançar luz às discussões sobre a interface entre *blockchain* e defesa da concorrência por meio da publicação de diversos estudos, bem como a publicação de diversos *papers* sobre o assunto¹.

No presente artigo, pretende-se apresentar, de forma um pouco mais detalhada, alguns desdobramentos e conclusões extraídas desses recentes estudos, os quais abordam esta inter-relação entre *blockchain* e concorrência.

Em geral, nota-se que estas produções tratam de análises teóricas sobre o tema, sem conclusões definitivas sobre possíveis condutas implementadas por meio da tecnologia *blockchain* e dos demais efeitos de seu uso e aplicações no ambiente concorrencial, uma vez que a atuação das autoridades de defesa da concorrência em relação à tecnologia ainda é incipiente.

¹ VILANOVA, JARDIM e NAPOLI. 2022. A interface entre *blockchain* e Direito Antitruste. *WebAdvocacy*. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/polyanna-vilanova/>. Acesso em: 11 fev 2022.

Se, por um lado, a tecnologia *blockchain* parece “compartilhar a mesma ambição”² que o Direito Antitruste, por outro, também pode gerar preocupações para as autoridades de defesa da concorrência.

No que diz respeito às condutas coordenadas, as quais englobam acordos e práticas concertadas entre concorrentes, como cartéis, além de práticas verticais, diversas preocupações já foram lançadas por estudiosos do tema, como se verá adiante.

Schrepeel (2019), no artigo “Collusion by blockchain and smart contracts”, busca responder, dentre outras, a seguinte indagação: a tecnologia *blockchain* mudará a natureza ou a forma como se organizam os conluios? Para respondê-la, o autor primeiramente propõe a distinção entre dois tipos de acordos, sendo do primeiro tipo aqueles que dizem respeito às condições de acesso, uso e/ou saída do *blockchain*, enquanto os do segundo são os acordos criados fora do *blockchain*, mas que usam a tecnologia para torná-los mais eficientes.

Schrepeel (2019) também propõe a diferenciação, dentro das categorias de acordo citadas acima, entre aqueles que dizem respeito i) à *blockchains* públicas, ii) *blockchains* privadas e iii) mecanismos que podem ser utilizados independentemente da *blockchain* ser pública ou privada.

Sobre o primeiro tipo, relacionado às *blockchains* públicas, o autor afirma que “*The fact that several companies create a blockchain, or share information on it, could therefore be seen as an agreement because by doing so, they are expressing their joint intention to conduct themselves on the market in a specific way*” (Schrepeel, 2019, p. 130). Para ele, também parece possível que a criação de *blockchains* para fins anticompetitivos e para o compartilhamento de informações seja compreendida como uma prática que induz os participantes à conduta uniforme.

Sobre acordos colusivos relativos às *blockchains* privadas, o autor defende que a decisão de excluir um agente de mercado da *blockchain* a qual outros concorrentes façam parte, pode ser compreendida como uma prática exclusionária e/ou como uma recusa concertada de negociar e ressalta que as informações compartilhadas poderão ser utilizadas para adaptação de estratégias de mercado pelos agentes que as acessam.

Prosseguindo seu exame para além de acordos colusivos dos quais as análises dizem respeito às condições de *acesso* ou *uso* da *blockchain*, o autor argumenta que as empresas também podem usar a tecnologia para facilitar a

² Schrepeel, T. (2019) Collusion by Blockchain and Smart Contracts. Harvard Journal of Law and Technology (33 Harv. J.L. & Tech. 117).

criação e/ou o funcionamento de acordos de conluio sobre suas estratégias no mercado, incluindo preços, níveis de produção, estratégias de inovação e similares (Schrepel, 2019, p. 140).

Nesse sentido, Schrepel conclui que as *blockchains* podem funcionar como meios para prevenir e corrigir comportamentos desviantes de participantes de um conluio, o que, por consequência, poderia gerar ainda mais efetividade e estabilidade a estes arranjos anticompetitivos. Ainda, expõe como a *blockchain* pode proteger os conluios da detecção de suas atividades pelas autoridades antitruste. Por fim, o autor destaca que os contratos inteligentes ("*smart contracts*") "teriam a potencialidade de fazer com que o número de pedidos de leniência venha a ter uma diminuição, tendo em vista que a *blockchain* reforça a confiança durante a vigência da colusão"³.

Nesse mesmo sentido, Lin William Cong e Zhiguo He (2018) argumentam que os *smart contracts* - que figuram na segunda geração de *blockchain*⁴ - podem mitigar a assimetria de informações e melhorar o bem-estar do consumidor por meio do implemento de competição e abertura de maior espaço para negociação, ao mesmo tempo, também podem encorajar comportamento colusivo justamente em razão dessa distribuição de informações comerciais.

Por sua vez, Peder Østbye, Conselheiro Especial do Norges Bank, explica que há riscos de conluio e exclusão como resultado da tecnologia *blockchain*; no entanto, ele sugere que as ferramentas antitruste tradicionais podem ser usadas para lidar com esses riscos⁵.

No que diz respeito à atuação das agências antitruste, Ajinkya Tulpule defende que a tecnologia poderá ajudar as autoridades a coletar mais dados, os

³ RESENDE apud SCHEREPEL, 2021. Alguns apontamentos sobre antitruste e bitcoin. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/defesa-concorrencia-alguns-apontamentos-antitruste-bitcoin>. Acesso em: 16 fev 2022.

⁴ VILANOVA, JARDIM e NAPOLI. 2022. A interface entre *blockchain* e Direito Antitruste. *WebAdvocacy*. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/polyanna-vilanova/>. Acesso em: 10 fev 2022.

⁵ Østbye, Peder. OECD Competition Division. Blockchain and competition: Peder Østbye on the use of antitrust tools to address risks of collusion. Youtube, 27 de ago. de 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=fXytrHCeUI0>>

quais permitirão que as agências executem análises mais sofisticadas e explorem teorias do dano mais complexas⁶.

À vista dos entendimentos apresentados acima, conclui-se que a tecnologia *blockchain* e suas aplicações são capazes de gerar efeitos em duas direções distintas, sendo uma benéfica à concorrência e a outra prejudicial.

Por um lado, as *blockchains* podem promover condições mais igualitárias, reduzir a assimetria de informações entre agentes de mercado e entre estes agentes e os consumidores e ofertar novos meios de coleta de dados e monitoramento de mercados para as agências de defesa da concorrência, porém, ao mesmo tempo, a tecnologia pode encorajar comportamentos colusivos, tornar mais laboriosa sua detecção pelas autoridades e ser utilizada como meio para implementação de condutas exclusionárias.

Por sua vez, as condutas anticompetitivas unilaterais, isto é, aquelas praticadas por uma única empresa que detém posição dominante, têm ganhado cada vez mais os holofotes e sido objeto de preocupação das autoridades antitruste nesse cenário de constantes inovações tecnológicas. Isso, porque inserida no contexto digital, a ilicitude nem sempre é latente, requerendo, assim, uma atenção ainda maior por parte das autoridades de defesa da concorrência.

É certo que a formação de ecossistemas digitais torna a análise antitruste ainda mais desafiadora, principalmente em se tratando de casos que envolvam as *blockchains* privadas, que contam com o “efeito da opacidade”⁷ e, por isso, podem encorajar o surgimento de novas práticas anticompetitivas, além de facilitar a manutenção de práticas já conhecidas pelas autoridades.

As *blockchains* privadas, como visto em nosso artigo anterior, possuem peculiaridades que as tornam mais preocupantes sob a ótica concorrencial, como, por exemplo, a existência de governança própria e a possibilidade de serem modificadas a qualquer tempo, sem a necessidade de aprovação dos usuários.

As características da tecnologia *blockchain*, especialmente as de natureza privada, tem gerado preocupações concorrenciais também no que diz

⁶ Tulpule. Ajinkya. Blockchain and competition: Ajinkya Tulpule and how blockchain might change the way agencies work. Youtube, 4 de set. de 2018. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=oM-NhHb4ngA> >.

⁷ RESENDE. Guilherme. (2021) Alguns apontamentos sobre antitruste e bitcoin. *Conjur.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/defesa-concorrenca-alguns-apontamentos-antitruste-bitcoin> . acesso em: Acesso em: 16 fev 2022.

respeito às condutas unilaterais, uma vez que por meio da tecnologia é possível que elas sejam implementadas e gerem efeitos de difícil detecção.

Há mais. Em uma *blockchain* privada, os ganhos decorrentes do efeito de rede são tão somente atribuídos à uma plataforma, potencializando, assim, o aumento do poder de mercado e gerando preocupação acerca do surgimento de novas condutas.

Dessa forma, é notório que as *blockchains* privadas podem viabilizar a implementação de diversas condutas anticompetitivas de difícil detecção por estarem além do alcance das autoridades antitruste⁸, sendo essencial haver reflexão por parte destas autoridades sobre condutas unilaterais inseridas no universo das criptomoedas e demais tecnologias baseadas na *blockchain*.

Por outro lado, as *blockchains* públicas são menos suscetíveis de serem utilizadas como meio para práticas anticompetitivas, tendo em vista que, diferentemente das privadas, podem dificultar a adoção de estratégias similares por parte dos agentes sem que haja detecção, não possuem governança própria, contam com uma maior dificuldade para modificação do seu modo de funcionamento e garantem ampla visibilidade das ações aos usuários, pois são disponibilizadas a todos, indistintamente⁹.

Da análise desse aparente paradoxo traçado entre o Direito Antitruste e a tecnologia *blockchain*, surgem algumas inquietações: De que forma tais condutas poderiam ser evitadas pelas autoridades, de modo a proteger a concorrência? Caso sejam detectadas condutas unilaterais anticompetitivas no sistema da *blockchain* privada, como responsabilizar o agente, em se tratando de uma tecnologia que possui o anonimato como característica? As métricas tradicionais adotadas para proceder à análise das condutas anticompetitivas tradicionais são suficientes? E quanto aos remédios aplicados, seria o caso de adotar remédios tradicionais mesmo em operações que envolvam a tecnologia *blockchain*?¹⁰

⁸ Schrepel, T. (2019) Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox (June 11, 2018). Georgetown Law Technology Review / 3 Geo. L. Tech. Rev. 281

⁹ Schrepel, T. (2019) Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox (June 11, 2018). Georgetown Law Technology Review / 3 Geo. L. Tech. Rev. 281

¹⁰ATHAYDE. Amanda. (2019) Blockchain, Comércio Internacional e Concorrência. Disponível em: <https://www.amandaathayde.com.br/single-post/2019/04/15/blockchain-com%C3%A9rcio-internacional-e-concorr%C3%Aancia>. Acesso em: 10 fev 2022.

A dificuldade de compreensão das características dessa nova tecnologia e suas implicações para a análise antitruste são frutos desse novo contexto de rápido e amplo desenvolvimentos dos serviços digitais. Desse modo, é essencial que o *enforcement* antitruste acompanhe o desenvolvimento tecnológico, estimule a inovação e a competitividade, mas, ao mesmo tempo, proteja os consumidores e o mercado de possíveis abusos dos *players*.

Para isso, é fulcral que haja um amadurecimento e melhor entendimento por parte das agências sobre esta tecnologia, de modo a estreitar o diálogo entre os operadores do direito antitruste e os desenvolvedores das *blockchains*, para que aqueles possam compreender, a fundo, *o que* são as *blockchains*, *como* elas funcionam e *quais* tipos de condutas podem estar inseridas nesse contexto, para, só então, passarem a desenhar possíveis formas de atuação que não impeçam ou desestimulem o desenvolvimento tecnológico e a inovação.

Possíveis impactos da tecnologia blockchain nos acordos colusivos

Polyanna Vilanova

Isabel Jardim

Ana Flávia Napoli

Neste artigo continuaremos a explorar os desdobramentos do uso da tecnologia *blockchain* e seus possíveis efeitos na concorrência, focando especificamente nas práticas colusivas, especialmente nos cartéis.

As condutas colusivas ou coordenadas, as quais englobam acordos e práticas concertadas entre concorrentes, como cartéis, além de práticas verticais, geram diversas preocupações ao mercado e às autoridades antitruste ao redor do mundo. Devido ao seu alto potencial lesivo ao ambiente competitivo, acordos entre concorrentes e outras práticas concertadas têm sido reprimidas com dureza pelas agências.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), em seu Guia de Combate a Cartéis em Licitação¹, define o cartel como "acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, estabelecer quotas ou restringir produção, dividir mercados de atuação e alinhar qualquer variável concorrencialmente sensível".

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o cartel é a mais grave dentre as condutas anticompetitivas, uma vez que prejudica sobremaneira os consumidores e tem efeitos prejudiciais sobre a eficiência econômica. Isso porque, um cartel bem-sucedido pode aumentar os preços acima do nível competitivo, reduzir a quantidade e a qualidade ofertada de bens e reduzir o incentivo à inovação, protegendo seus membros dos riscos inerentes à exposição às forças de

¹ O guia está disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20publica%20Guia%20de%20Combate%20a%20Cart%C3%A9is%20em%20Licita%C3%A7%C3%A3o%20guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>

mercado, reduzindo a pressão competitiva nos segmentos afetados por este tipo de acordo².

Não à toa, o Cade, assim como outras autoridades antitruste internacionais, tem direcionado contínuos esforços ao combate dos acordos colusivos e cartéis. Apenas no ano de 2021, 19 processos administrativos que investigavam cartéis foram julgados pelo Tribunal do Conselho, os quais resultaram em 13 condenações e na aplicação de multas que, somadas, chegaram ao valor de R\$ 1.035.741.384,42³.

Além da persecução administrativa de cartéis, exercida no Brasil pelo Cade, a qual pode resultar em caso de condenação na imposição de multas impostas às empresas que variam de 1 a 20% do seu faturamento bruto e outras possíveis punições, como a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações envolvendo a administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos; os cartéis também são objeto de persecução penal. Ainda, a Lei de Defesa da Concorrência prevê o direito dos prejudicados de ingressarem em juízo para obter indenização por perdas e danos resultantes de práticas que constituam infração da ordem econômica.

Diante da importância conferida ao combate aos acordos colusivos entre concorrentes em face do seu potencial lesivo à concorrência e, consequentemente, aos consumidores, diversos pesquisadores têm se dedicado a compreender *se e como*, novas tecnologias, como a *blockchain*, podem interagir com este tipo de prática; seja pela ótica da sua utilização pelas autoridades de defesa da concorrência para reprimir condutas anticompetitivas, seja pela ótica dos agentes de mercado, por meio de sua utilização para implementar e refinar práticas colusivas.

Esse é um dos pontos explorados por Schrepel (2019), no artigo "*Collusion by blockchain and smart contracts*", em que o autor afirma ser possível a criação de *blockchains* para fins anticompetitivos e para o compartilhamento de informações, de modo a induzir os participantes à conduta uniforme.

² OCDE. Fighting Hard Core Cartels: harm effective sanctions and leniency programs (2002). Disponível em: < <https://www.oecd.org/competition/cartels/1841891.pdf> >. Acesso em: 25 mar. 2022.

³ Informações obtidas por meio da ferramenta "CADE em números", disponível em: <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymouse=true>

Segundo o autor, as condições de acesso, uso e/ou saída da *blockchain* podem acarretar consequências negativas na seara concorrencial, pois as empresas podem acabar se utilizando da tecnologia para facilitar a criação e/ou funcionamento de acordos de conluio sobre suas estratégias no mercado, incluindo preços, níveis de produção, estratégias de inovação e similares (Schrepel, 2019, p. 140).

Ainda, Schrepel defende que as *blockchains* podem dificultar a detecção de tais práticas pela autoridade antitruste, tendo em vista o seu funcionamento peculiar e suas características, como o anonimato dos membros e, no caso de *blockchains* privadas, a possível vedação de acesso a membros não autorizados.

O autor também chama atenção para a necessidade de se analisar os *smart contracts* - os chamados contratos inteligentes, que são autoexecutáveis para transações *online*. Assim como a tecnologia *blockchain*, eles possuem um “*double effect*”, ou seja, ao mesmo tempo que podem dinamizar transações e facilitar negociações, podem também ser facilitadores de transações entre empresas que possuem intenções prejudiciais à concorrência permitindo, inclusive, o implemento de mecanismos de punição mais eficientes aos membros que descumprirem os termos do acordo entre concorrentes.

Nesse sentido, o autor destaca que os contratos inteligentes teriam a potencialidade de fazer com que o número de pedidos de leniência venha a ter uma diminuição, tendo em vista que a *blockchain* reforça a confiança a durante a vigência da colusão⁴.

Esta hipótese nos chama especial atenção, uma vez que a política de acordos antitruste do Cade é um dos principais pilares para a persecução de práticas coordenadas no Brasil, de forma que uma diminuição poderá dificultar severamente o cumprimento da função repressiva pelo órgão. Este cenário pode obstaculizar tanto a identificação dessas práticas e dos seus participantes, quanto a obtenção de provas aptas a ensejarem a condenação dos agentes envolvidos.

Ainda sobre os contratos inteligentes, Nick Szabo sugere que, no futuro, eles também poderão ser usados para integrar elementos de inteligência

⁴ RESENDE apud SCHEREPEL, 2021. **Alguns apontamentos sobre antitruste e bitcoin**. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-dez-17/defesa-concorrencia-alguns-apontamentos-antitruste-bitcoin>> Acesso em: 27 de março de 2022.

artificial para detectar o equilíbrio ideal de um acordo e agir de acordo com ele⁵.

Trazendo uma perspectiva diversa, Lin William Cong e Zhiguo He (2018) argumentam a tecnologia *blockchain* tem o potencial de mitigar a assimetria de informações e melhorar o bem-estar do consumidor por meio do aumento da competitividade e da ampliação de espaço para negociação. Não obstante, os autores sugerem que, ao mesmo tempo, essa tecnologia também pode encorajar comportamento colusivo justamente em razão dessa distribuição de informações comerciais.

Especificamente com relação aos possíveis impactos da tecnologia *blockchain* na atuação das agências antitruste, conforme havíamos mencionado em nosso artigo anterior, é possível que as *blockchains* possam ajudar as autoridades a coletar mais dados no futuro, os quais permitirão que as agências executem análises mais aprofundadas e explorem teorias do dano mais complexas⁶.

Ao analisar alguns dos impactos possíveis da *blockchain* na dinâmica competitiva dos mercados, conclui-se que a tecnologia parece capaz de promover, de fato, “efeitos duplos”. Redução da assimetria de informações entre agentes de mercado e entre estes agentes e os consumidores e a oferta de novos meios de coleta de dados e de monitoramento de mercados para as agências antitruste são alguns dos efeitos positivos elencados pela doutrina como resultantes da aplicação dessa tecnologia. De outro lado, porém, a tecnologia pode encorajar, conforme demonstrado acima, comportamentos colusivos, além de dificultar sua detecção pelas autoridades e ser utilizada como meio para implementação de condutas exclusionárias e para o monitoramento da efetividade dos acordos entre concorrentes. Por estes motivos, uma sólida compreensão da tecnologia *blockchain* e demais novas tecnologias deve ser prioridade das agências de defesa da concorrência, tanto para garantir a efetividade da repressão das infrações da ordem econômica, quanto para que o potencial positivo possa ser integrado a suas práticas.

⁵ SZABO, Nick. **Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets**, ALAMUT (1996) Disponível em: https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html > Acesso em: 20 mar 2022.

⁶ Tulpule. Ajinkya. Blockchain and competition: Ajinkya Tulpule and how blockchain might change the way agencies work. Youtube, 4 de set. de 2018. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=oM-NhHb4ngA> >

Existe um nível ótimo para a integração vertical na saúde?

Sandro Leal Alves

A integração vertical, ou verticalização como é mais conhecida no mercado de saúde, se refere ao processo que há a unificação produtiva de partes da cadeia que antes eram separadas. Quando uma operadora de plano de assistência à saúde adquire um hospital, ou vice-versa, há uma integração vertical pois o plano de saúde e o hospital passam a operar sob uma gestão única. O mesmo ocorre dentro do hospital quando este é responsável, por exemplo, pelo funcionamento dos serviços de gastroenterologia.¹

Esse processo de integração visa um melhor alinhamento de incentivos entre os agentes econômicos, reduzindo custos de transação e ineficiências decorrentes de uma gestão com objetivos eventualmente conflitantes e separados. Essa não é, portanto, uma peculiaridade da saúde. Ao contrário, a economia industrial é cheia de exemplos em que a verticalização resulta em economias para as partes e maior eficiência econômica. Já o ecossistema da saúde, com crescente uso de informações e transações digitais, atualmente é muito mais próximo ao funcionamento de redes integradas do que a tradicional visão de etapas subsequentes das cadeias produtivas industriais.

A visão mais tradicional da análise antitruste se baseia no argumento de que há um nível de concentração que para além do qual, os custos econômicos superam os benefícios. Diversos índices de concentração (HHI, C4, etc.) ajudam a identificar os mercados relevantes que merecem um maior grau de preocupação das autoridades da concorrência. Não é objetivo desse artigo adentrar este campo já muito desenvolvido na literatura.²

Mas e na integração vertical? E, mais ainda, na área da saúde, haveria um indicador capaz de sinalizar ou antecipar algum potencial dano à

¹ Song, L., Soroush, S., Saghaian, M., Newhouse, J., Landrum, M., Hsu, J. The Impact of Vertical Integration on Physician Behavior and Healthcare Delivery: Evidence from Gastroenterology Practices Faculty Research Working Paper Series. September 2020

² Uma boa discussão sobre a relação entre índices de concentração, mercados relevantes geográficos e preços na saúde suplementar pode ser encontrada em Lima, T (2021). Ensaio sobre o mercado de saúde suplementar. Documento de Trabalho 04. Departamento de Estudos Econômicos do CADE.

concorrência? Sabemos que os tradicionais índices de concentração são muito úteis para movimentos horizontais, mas estes não se aplicam diretamente aos movimentos verticais.³

A literatura disponível ao conhecimento deste autor não indica um consenso se os efeitos predominantes de uma integração entre empresas que atuam em mercados complementares são ganhos de eficiência ou anticompetitivos. Sabemos que os ganhos de eficiência podem vir de redução dos custos de transação, melhora na capacidade de monitoramento dos elos da cadeia produtiva e melhor coordenação do cuidado. Já em relação aos efeitos anticompetitivos, o fechamento de mercado para a entrada de concorrentes talvez seja o mais danoso.⁴

No Brasil, e em especial na saúde privada suplementar, o movimento de concentração vertical foi acelerado após investimentos de instituições financeiras estrangeiras em toda cadeia de saúde suplementar, que só foram possíveis após a Lei n. 9.656/98 para a recepção de capital estrangeiro em operadoras assim como pela Lei n. 13.097/15, que ampliou esta possibilidade às empresas de assistência à saúde como clínicas, laboratórios e hospitais.⁵

A própria concorrência, a regulação da ANS com requerimentos de entrada e capital, dentre outros, e a escalada dos custos assistenciais impuseram aos agentes econômicos a necessidade de reformatar seus modelos de negócio abrindo espaço para as fusões, aquisições e integrações verticais. Não podemos esquecer que o modelo de remuneração *Fee-For-Service* (FFS), que paga de acordo com o volume de procedimentos ofertados, contribuiu para uma taxa de crescimento de custos acima do sustentável, nem sempre privilegiando a melhoria da assistência aos pacientes. O mesmo efeito pode ser atribuído ao

³ Alguns economistas utilizam o índice de Gans ou HHI vertical (VHHI) para mensurar a verticalização. O VHHI é dado pelo somatório do produto da participação da firma a jusante com o máximo entre essa mesma participação e a da firma a montante. Sendo s_i a participação da firma a jusante e σ_i a participação da firma a montante, tem-se que: $VHHI = \sum_{i=1}^n s_i * MAX(s_i, \sigma_i)$. Cabe o registro de que a definição dos mercados relevantes e, principalmente, na dimensão do produto, condição necessária para cálculo do referido indicador, é tarefa de enorme complexidade devido às múltiplas funções exercidas pelo hospital em seus diversos serviços assistenciais.

⁴ Gaynor M (2014) Competition policy in health care markets: Navigating the enforcement and policy maze. *Health Affairs* 33(6):1088–1093.

⁵ Não nos esqueçamos que a verticalização é um processo antigo. As medicinas de grupo, por exemplo, já nasceram verticalizadas, assim como as filantrópicas e as próprias Unimed. Faz parte do DNA organizacional dessas entidades a operação conjunta do plano e da assistência.

histórico processo de incorporação de tecnologias na saúde suplementar, sem avaliações técnicas de custo-efetividade como os bons manuais de Avaliação de Tecnologias em Saúde recomendam. Isso tudo, aliada à fragmentação do cuidado assistencial e à excessiva judicialização, contribui para a inovação dos modelos de negócios.

Na saúde suplementar, a obtenção de economias de escala é fundamental para dar maior segurabilidade aos riscos e custos assistenciais crescentes. A integração vertical, seja ela real ou virtual, confere às operadoras a possibilidade de gestão desses riscos com estratégias de coordenação de cuidados assistenciais e de saúde populacional, sem falar na necessidade crescente de integração de dados para melhorar a assistência prestada e desenhar soluções mais focalizadas para grupos de riscos específicos.

A integração com coordenação também pode permitir um melhor resultado assistencial ao melhorar a comunicação entre os agentes, padronizar procedimentos e reduzir redundâncias. No fim do dia, o consumidor estará mais bem atendido. Esse seria o desenho ótimo de uma integração vertical, cabendo às autoridades o monitoramento desse movimento com vistas a preservar os benefícios econômicos que a integração pode trazer. Na ausência de falhas de mercado e infrações à legislação de defesa da concorrência, o mercado encontra o caminho para levar o melhor resultado assistencial aos consumidores de planos.

Nesse sentido, a verticalização é um processo, e não um fim em si mesma, que ajuda a lidar com o desafio do financiamento. Isto porque as despesas assistenciais, representadas na saúde suplementar pela VCMH (variação dos custos médico-hospitalares) crescem em velocidade superior ao crescimento das rendas, salários, inflação ao consumidor e diversos outros indicadores econômicos.

Sob o ponto de vista da defesa da concorrência, a análise das eficiências dinâmicas que geralmente procuram observar efeitos da operação sobre preços e quantidades deve olhar cada vez mais para indicadores de qualidade assistencial, não desprezando evidentemente os tradicionais indicadores de solvência, muito importantes em um mercado que lida com riscos futuros, eventos incertos e com a poupança popular.

Para finalizar, pouco importa se a verticalização é real, mediante a aquisição de ativos, ou virtual, mediante acordos e contratos. O que realmente interessa é o resultado na última linha do balanço assistencial, ou seja, a entrega de valor em saúde para as pessoas.

Defesa Comercial é sinônimo de Protecionismo?

Fernando de Magalhães Furlan

Apesar da redução de barreiras ao comércio internacional ser condição necessária para diminuir o poder de mercado de oligopólios domésticos, não é condição suficiente quando há empresas com poder de mercado em nível mundial¹.

Neste contexto, é assente o importante papel desempenhado pela defesa comercial no esforço de combate às nocivas práticas internacionais de comércio desleal. Aliás, as medidas de defesa comercial impostas num ano pelo Brasil, bem como na maior parte dos países membro da OMC², correspondem historicamente a percentuais inferiores a um por cento (1%) das importações totais do país no período. Ou seja, o impacto das medidas de defesa comercial é irrelevante quando inseridas no contexto do total das importações brasileiras, ou de qualquer *player* relevante no comércio internacional.

Uma política eficaz para aumentar a inserção internacional do país e “abrir a economia” ao mercado externo seria, por exemplo, a redução de tarifas de importação, como, aliás, foi questão relevante da agenda econômica da disputa presidencial de 2018. Isso porque as importações de bens e serviços pelo Brasil somaram apenas 15,5% do Produto Interno Bruto em 2020³.

Parece, infelizmente, e com o devido respeito, haver uma visão distorcida em setores do Poder Executivo sobre os objetivos e a utilidade dos instrumentos de defesa comercial. Como visto, uma simples redução unilateral

¹ MATTOS, César. Harmonização das Políticas de Defesa da Concorrência e Comercial: Questões Teóricas e Implicações para o Mercosul, Alca e OMC. Disponível em: <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2008/01184.pdf>. Acessado em: 26/02/2014.

² Na União Europeia, por exemplo, todas as medidas antidumping e compensatórias em vigor no final de 2006 correspondiam a somente 0,6% do volume total de importações do bloco. *Apud* MUELLER, Wolfgang *et al.* EC and WTO Anti-Dumping Law: A Handbook. 2a ed. Oxford. 2009.

³ Disponível em: https://data.worldbank.org/indicator/NE.IMP.GNFS.ZS?name_desc=false. Acesso em: 30/01/2022.

de tarifas melhor resolveria o problema da “agorafobia comercial”⁴ do Brasil, do que um acinte retórico sobre mecanismos de defesa contra práticas desleais.

As importações nem sempre são uma ameaça. Na verdade, elas somente são sancionáveis quando realizadas a preços artificiais (dumping ou subsídios) e capazes de gerar dano/prejuízo à indústria doméstica. Ou seja, não são todas as importações que são atingidas pelos instrumentos de defesa comercial, mas somente aquelas em que há prática desleal de comércio (preços artificialmente baixos).

No Brasil, inclusive, há ainda a utilização obrigatória da *lesser duty rule* (regra do menor direito), que determina a aplicação do direito antidumping apenas em medida suficiente a eliminar o dano à indústria doméstica.

É sempre bom atentar para o fato de que, independentemente do poder de mercado da indústria nacional, a não aplicação de medidas de defesa comercial poderá significar, de outro modo, a consolidação de poder de mercado de oligopólios internacionais e, no longo prazo, o próprio desaparecimento da produção nacional.

A participação do CADE e da SEAE/ME nas discussões de comércio exterior⁵, no âmbito institucional da CAMEX, é bem-vinda. Ela serve para contribuir com informações e dados que possam resultar no aumento da competitividade da economia brasileira. Porém, não deve ser uma participação de mão única, ou seja, o CADE também deve instar as autoridades de comércio a atuar para o bom funcionamento do mercado interno e para a saúde da concorrência⁶ no Brasil.

A opinião dos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (CADE e SEAE/ME) nas análises de interesse público em defesa comercial é construtiva, contudo, sua participação também na própria análise de dano e nexo causal parece ser dispensável e até invasiva.

Infelizmente, a ofensiva contra os instrumentos de defesa comercial é perene, como se eles incorporassem a própria essência do mal, chamado protecionismo. Pois o Ministério da Economia, vem publicando

⁴ A agorafobia é caracterizada por sintomas como medo e ansiedade de viver situações que fogem do controle e causam constrangimento em meio a locais abertos, reunião de pessoas e multidões. O termo “agorafobia comercial” indica o receio de um país em abrir a sua economia ao mercado externo.

⁵ O artigo 22, inciso VIII, da Constituição Federal dispõe competir privativamente à União legislar sobre comércio exterior.

⁶ O artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal elege a livre concorrência como princípio geral da atividade econômica.

regulamentações que dispõem sobre questões afetas à defesa comercial e, em especial, ao antidumping, que inovam onde não haveria espaço para tanto, consideradas as leis atualmente em vigor.

Tais propostas contêm disposições que extrapolam parâmetros do Acordo Antidumping da OMC⁷. Elas concebem critérios inovadores de análise e aplicação de direitos antidumping, sem amparo no Acordo da OMC e que não são adotados por qualquer outro país membro da organização, enfraquecendo posições negociadoras do Brasil e diminuindo, na sua própria essência, os atuais instrumentos de defesa comercial contra práticas desleais de comércio, fruto de extensas negociações no seio do GATT/OMC.

Além disso, as regras da OMC foram internalizadas no Brasil por meio da Lei nº 9.019/95 e Decreto nº 1.355/94, não podendo ser alteradas por simples portarias do Ministério da Economia. As competências das secretarias do Ministério da Economia são de regulamentar os procedimentos relativos às investigações de defesa comercial e às avaliações de interesse público, desde que, naturalmente, não extrapolem ou contrariem o estabelecido em legislação de hierarquia superior.

A Lei da Concorrência (Lei 12.529/11), por exemplo, em seu artigo 119, dispõe não ser ela aplicável “*aos casos de dumping e subsídios de que tratam os Acordos Relativos à Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio, promulgados pelos Decretos nº 93.941 e 93.962⁸, de 16 e 22 de janeiro de 1987, respectivamente*”.

Não parece legítimo, portanto, que se busquem, de forma enviesada, os mesmos efeitos proibidos pelo legislador. Ou seja, ao aplicar conceitos e, em especial, parâmetros de análise, típicos da investigação antitruste, aos processos e procedimentos de defesa comercial, estaríamos desobedecendo a própria Lei Antitruste.

De acordo com o artigo 3.4 do Acordo Antidumping, da OMC, o exame do impacto das importações a preços de dumping sobre a indústria nacional correspondente deverá incluir a avaliação de todos os fatores e índices econômicos relevantes que tenham relação com a situação da referida

⁷ Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30/94 e promulgado pelo Decreto nº 1.355/94, bem como o disposto na Lei nº 9.019/95, na parte que dispõe sobre a aplicação das medidas previstas no Acordo Antidumping.

⁸ De acordo com o artigo 49 da Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados”, por meio de processo legislativo próprio, que culmina com a publicação de decretos do presidente da República, que insere os tratados na legislação brasileira, no nível de lei federal (exceto para tratados sobre Direitos Humanos, cuja estatura é de emenda constitucional).

indústria, inclusive queda real ou potencial das vendas, dos lucros, da produção, da participação no mercado, da produtividade, do retorno dos investimentos ou da ocupação, da capacidade instalada, fatores que afetem os preços internos, a amplitude da margem de dumping, efeitos negativos reais ou potenciais sobre o fluxo de caixa, estoques, emprego, salários, crescimento, capacidade para aumentar capital ou obter investimentos. Tais fatores, contudo, não são exaustivos, nem poderão, isoladamente ou em conjunto, ser tomados necessariamente como indicação decisiva.

Contudo, parece haver alguma confusão quando passam a se utilizar parâmetros de investigação antitruste, em investigações de defesa comercial, ao invés de simplesmente considerar um (participação de mercado), entre vários critérios de análise de dano. Ao se socorrer de parâmetros⁹ de análise antitruste para as investigações de dano, em defesa comercial, a autoridade competente está utilizando premissas invertidas.

Ao não aplicar direitos antidumping, comprovadamente cabíveis, a um setor da indústria nacional, simplesmente por considerá-lo concentrado ou porque esteja sendo investigado por comportamento anticompetitivo; a autoridade governamental, com todo o respeito, está promovendo uma intromissão desnecessária e ilegítima, pois, tal controle de concentração de mercado deve ser prévio e realizado pelo CADE e qualquer punição/sanção às empresas deve se dar dentro do processo respectivo e não fora dele.

Não há dúvidas dos avanços que vem sendo feitos pelo Ministério da Economia, por meio da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) em relação à processualidade¹⁰ e à transparência, tanto nas investigações de defesa comercial, quanto nas análises de interesse público.

Tais avanços não devem ser obscurecidos por ofensivas deliberadas sobre os instrumentos de defesa comercial, como se fossem medidas ilegítimas e protecionistas, tanto mais quando se utilizam para tanto, parâmetros estranhos à tradicional análise de dumping/subsídios, dano e nexos causal.

⁹ Parâmetros são princípios e regras a serem considerados na estruturação ou equacionamento de um dado problema, sistema de problemas ou situação.

¹⁰ A processualidade é a instrumentalidade metodológica construída a partir dos conflitos existentes na sociedade para se chegar ao processo e procedimento adequados para solucioná-los, de modo a obter a tutela processual e de direitos, em caráter efetivo e justo.

Economic group and liability for violation to the economic order under article 33 of the Brazilian Competition Law

Fernando de Magalhães Furlan

1. Economic group under the Brazilian Competition Law, regulations, and jurisprudence

Article 33 of the Brazilian Competition Law (Law No. 12.529/11) stipulates that: “*companies or entities that are part of an economic group, in fact or in law, will be jointly and severally liable, when at least one of them practices a violation to the economic order*”.

CADE Resolution No. 02/2012 regulates, among other things, the notification of merger filings, as well as the concept of economic group¹. According to the resolution, the following shall be considered as part of the same economic group:

- (i) companies under the same control, internal or external; and
- (ii) companies in which any of the companies of item “i” owns directly or indirectly at least 20% of equity interest.

Regarding item (ii) above, by adopting objective criteria for defining economic group and considering the intent and the volume of equity interests

¹ Law No. 12.529/11. Art. 90. “For the purposes of art. 88 of this Law, a concentration act is performed when:

I - 2 (two) or more previously independent companies merge;

II - 1 (one) or more companies acquire, directly or indirectly, through the purchase or exchange of shares, quotas, bonds or securities convertible into shares, or assets, tangible or intangible, by contract or by any other means or form, the control or parts of one or other companies;

III - 1 (one) or more companies incorporate another or other companies; or

IV - 2 (two) or more companies enter an associative contract, consortium, or joint venture.

acquired, CADE is typifying a presumption that 20% is sufficient to qualify the ability to have real interference in the company, therefore constituting an economic concentration and not just a financial investment.

Article 10 of that resolution reads:

“Art. 10 Under the terms of article 9, II, acquisitions of part of a company or companies that fall under one of the following hypotheses are mandatory to be notified to Cade:

I - In cases where the investee company is not a competitor or does not operate in a vertically related market:

a) Acquisition that gives the acquirer direct or indirect ownership of 20% (twenty percent) or more of the invested company's voting or share capital;

b) Acquisition made by a holder of 20% (twenty percent) or more of the share capital or voting, provided that the participation directly or indirectly acquired, of at least one seller considered individually, gets to be equal to or greater than 20% (twenty percent) of the share or voting capital.

II - In cases where the investee company is a competitor or operates in a vertically related market:

a) Acquisition that grants direct or indirect participation of 5% (five percent) or more of the voting or social capital;

b) Last acquisition that, individually or combined with others, results in an increase in participation greater than or equal to 5%, in cases where the investor already holds 5% or more of the acquired voting or social capital.

Single paragraph. For the purposes of framing an operation in the hypotheses of items I or II of this article, the activities of the acquiring company and the activities of the other companies belonging to its economic group, as defined in article 4 of this Resolution, must be considered.”

CADE, in the request for a Cease-and-Desist Agreement (*Termo de Compromisso de Cessação - TCC*) proposed by Unimed Araraquara², defined what

² Requerimento nº 08700.005448/2010-14. Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSjHD3Tl7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-

should be understood by economic group and the importance of its correct identification for the application of sanctions that may be imposed by Cade to curb unlawful acts practiced by companies linked by a unified decision-making board.

Therefore, it starts from the definition of an economic group adopted by Corporate and Labor Law, specifying the particularities of its application in the scope of the Competition Law. In summary, CADE understood that to set up an economic group within the scope of the Antitrust Law, it is necessary that the entities of the group have their own legal personalities and that there is a certain connection between/among them, that is, that they act under common general guidelines.

In this context, from the perspective of the Competition Law, there will be an economic group configuration when two or more companies act under common direction or when there is, among them, a relationship capable of compromising their impartiality in relation to the other member companies and that can, thus, influence their performance in the market³.

Another question that should be addressed is the basis for calculating a fine eventually applied by CADE. Should it comprise only the billing of the legal entity (company) listed as “investigated” in the administrative process at CADE, as it would be the only company in an economic group liable to respond for penalties that may apply?

Such an argument could perhaps have some support if the investigated society were the only company in the economic group to operate in the sector whose anticompetitive conduct referred to. If the economic group operates in the same economic sector investigated through other companies, in addition to the company investigated, with documents attesting to such sales, it is certain that the gain from the reduction of competition promoted by anti-competitive conduct also reflects in these other companies in the group, with no justification for their exclusion from the responsibility of repairing the damages caused.

5q5sluy4XLqIdIJ5FuY3uZihVC6NaEsxcrTN7Mnh0aoQdm4yeipT0EYXy5uoQhvSzaQix8jV1OcVSHZoOKsML. Access: 26/05/2021.

³ Requerimento No. 08700.005448/2010-14. Vote by the Reporting Member. December 14, 2011. Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHd3T17Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-5q5sluy4XLqIdIJ5FuY3uZihVC6NaEsxcrTN7Mnh0aoQdm4yeipT0EYXy5uoQhvSzaQix8jV1OcVSHZoOKsML. Access on 25/05/2021.

2. Joint liability provided for in Article 33 of the Competition Law

Solidary responsibility, by Brazilian legal system, is not presumed. It results from the law (non-contractual) or from the will of the parties (contractual), as provided for in art. 265 of the Civil Code⁴.

That is because article 33 of Law 12.529/11 (Competition Law), provides that:

“Art. 33. Companies or entities that are part of an economic group, in fact or in law, will be jointly and severally liable, when at least one of them practices an infringement of the economic order.”

Thus, joint and several liability of companies belonging to the same economic group, for damages caused by anti-competitive infraction, results from the law (Art. 33, of Law 12.529/11).

Law 12,529/2011, by giving joint and several liability to companies that are members of economic groups for the unlawful conduct practiced by another company in the same group, expanded the liability of an obligation, with repercussions on directing the enforceability of its compliance to more than one person.

Brazilian courts⁵, at times, when analyzing the issue, have attributed responsibility for the fulfillment of obligations to legal entities belonging to the

⁴ Art. 265. “Solidarity is not presumed; results from the law or the will of the parties”.

⁵ The Eli Lilly case (CADE. ADMINISTRATIVE PROCESS No. 08012.011508/2007-91. Judged on 7/14/2015. Available at:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrG

[Ytjb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM98EZn6wPgAA4S5qa8PY3kHZNkKhQsXqyoBEKEQO53flqG5lav2fhcDbqzn7pI9D98IPhFtEItq5ZxbeSnq9](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE). Accessed on 12 May 2021. In the passive pole there was the parent company, headquartered abroad, and the Brazilian subsidiary. The billing for calculating the fine was that of the Brazilian subsidiary, but the obligation to pay was jointly and severally. This system was followed by two other cases: (i) CADE. ADMINISTRATIVE PROCESS No. 08012.008821/2008-22. Judged on 1/20/2016. Available at:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE

same group as the one originally obliged. To support this understanding, they use the argument that there is a common control between/among societies and that they would have merely formal structures.

It is argued that the separation is purely formal between/amongst the companies since they constitute a single economic group, with the same direction and that business, in this case, is conducted in view of the group's interests and not those of each different society. The understanding, therefore, is that, in the economic group, business is conducted with global/general interest unified, since control is common/shared and/or unified, and therefore, the responsibility between/amongst all the subsidiaries is joint⁶.

In another administrative proceeding, CADE understood of the possibility of a company being included in the passive pole of the process in which the conduct of members of other companies in the same economic group were investigated. The controlling company was considered jointly and severally liable for the anticompetitive conduct of its whole subsidiary. CADE also accepted as a proof of solidarity the presentation of a corporate document that attested that they belonged to the same group.

FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPQrNhNIQY1fjWMVS2OgIW3joeZbU0Nyma6gJX3oKI8AbgwPSHL7nptANhIYGfzV1BRCCjgS16VBHYZZV3A0ky>. Accessed on 12 May 2021: and (ii) ADMINISTRATIVE PROCESS No. 08012.003321/2004-71. Judged on 4/13/2016. Available at: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE

FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNdsW2szLmPzaXSbOlv8Eu85-VyfcNecQIKh2GPZAIEthww9_x4-

HZRarWjJ5Km1tCo6ISylgWEZvr84CRRJ7nq->. Accessed on 12 May 2021).

⁶ Superior Court of Justice (STJ) – 3a Turma – *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança* (Ordinary Appeal in Writ of Mandamus) No. 12,872. Rapporteur: Nancy Andrichi. Judged on 24.06.2002. Available at: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=470151&num_registro=200100100791&data=20021216&tipo=51&formato=PDE. Accessed on May 26, 2021.

3. Joint and several liability

To carefully analyze the rules that regulate joint and several liability in Brazilian antitrust law, it is necessary to start from the analysis of art. 17 of revoked Law 8.884/1994 (former Brazilian Competition Law). The article reads as below and gives rise to two possible interpretations:

“Art. 17. Companies or entities that are part of an economic group, in fact or in law, who practice infractions of the economic order will be jointly and severally liable.”

According to the first interpretation, the investigation of a legal entity because of the actions of another is not permitted. Solidarity, from that point of view, is possible only in cases where both companies had contributed somehow (by acting or not acting, when they should) for the practice of the illicit.

Such understanding becomes evident with the text given to art. 33 of the current Competition Law (Law 12,529/2011). The substitution in the law of the term *"praticarem"* (to perpetrate, in the plural) for *"praticar"* (in the singular) “a violation of the economic order”; shows that, for the previous law, it was necessary for each company to commit the infraction to be held responsible. Such a change reveals that, according to the previous law, there could only be accountability by one own act, and to be possible to remove accountability, it must be shown that the other companies in the group or the parent company are not infringers because they did not participate directly or indirectly in the infraction.

Moving on to the analysis of art. 33 of the New Competition Law (Law No. 12.529/11), it is possible to infer that the legislator, with the new wording given to the norm, opened space for an extensive interpretation, to consider solidarity in a broad way, so that the consequences of this solidarity could be imposed on other business companies that integrate the same corporate group. Such an interpretation must be viewed *cum grano salis* (“with a grain of salt”) considering that the punishment of an administrative infraction cannot be disconnected from the censurability of the conduct.

Thus, with respect to joint and several liability for an antitrust infringement, it requires that the parent company, or any other member of the economic group, have participated in the conduct or that it exercised control or dominant/relevant influence over the offending company.

In any case, CADE's jurisprudence has settled in the direction of ample liability from the part of the controlling/parent company⁷.

4. Shared, joint or common control and relevant influence pursuant to CADE Resolution 02/2012 and CADE jurisprudence

The concepts of "antitrust control", "shared or common antitrust control" and "determinant influence on relevant market matters" depend on what is meant, for instance, by "relevant influence" or "relevant market matters"; as "control" or "common control" are concepts well established.

Some of the shareholders' rights have already been declared in decisions issued by CADE as generating 'determinant influence on materially relevant matters', such as: (i) veto over merger, incorporation, spin-off or transformation options; (ii) appointment of a member of the Board of Directors; or (iii) investments by the company in activities other than those provided for in its corporate purpose or in amounts greater than the amount predefined in the business plan or in the shareholders' agreement.

The relevant influence can be conceptualized, albeit in a simplified manner, as *"the possibility of an economic agent to make use of a minority shareholding, or even a simple contractual relationship, to intervene in the decision process of the target company of investments, thus affecting its actions and business strategies"* (Concentration Case No. 08012.009529/2010-41)⁸.

⁷ Processo Administrativo No. 08012.004617/2013-41. Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxv_TD0gMz5Bn9DkLxr-asuqhGSyxpB7jiO8aqnx0vHf. Accessed on May 26 2021; Processo Administrativo No. 08012005324/2012-59. Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK2OPcLJR_ipmIIdOEcWJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1xtu1H5kGUyGvypRMajWMjZBqZ7tkJ5OpHVeIxfwpsSYvFw1IVXU02fZRvCSdL. Accessed on May 26, 2021; and Processo Administrativo No. 08700.009029.2015-66. Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPbcZNF6wRFQVq4JQpS_exAbBBVAdTW2UzM8ZeHpAvJHclU. Accessed on May 26, 2021.

⁸ Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3T17Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM-

Upon analyzing the issue, CADE understood that:

“The crux of the matter is determining the scope of expression 'group of companies' referred to in the Competition Law. As is well known, the concepts and norms of corporate law do not always coincide with those of antitrust law. In corporate law, the law is aimed at protecting the interests of minority shareholders and creditors and the decision-making power is seen as that capable of controlling the fate of the activity's results (equity). As for competition law, the law is aimed at competitors and consumers, and, as for decision-making power, it is more important to determine who can control or influence market-relevant decisions, such as pricing, economic strategies, etc.”

Thus, the antitrust analysis presupposes not only the examination of corporate forms, but the economic reality also. This leads to the notion of relevant influence. There is a 'relevant (or significant) influence' from a competitive point of view, whenever, from the union of decision-making centers in specific and strategic areas, it is possible to assume a cooperative behavior between/amongst companies, which does not assume ownership of most of the voting shares¹⁰.

The concern about the existence or not of "relevant influence" was also directly related to the identification of the companies that are part of the same economic group at the time of the analysis, among others, of the

54cKv3whfMyMJyXgUnW4_2eumIfm7hbrs9CEY--1UylQfGJWMQ2fOH-G1JHthe3UCl6fqdq1HQ_z2d7PSUCJw. Access on June 22nd, 2020.

⁹ Concentration Case No. 08012.010293/2004-48. Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBccvBeUlKC18QR5HMh2pJ91JUN1bpbzpnnTqD9moOQ3IZ. Access on June 22nd, 2020.

¹⁰ Idem.

Concentration Cases Nos.: 08012.000476/2009-60¹¹; 08012.008415/2009-41¹² and 53500.012487/2007¹³.

Upon regulation of the provisions of item II of article 90 of Law No. 12,529/2011 (Competition Law), CADE Resolution No. 02/2012 established objective criteria related to the mandatory notification of transactions to the Brazilian Competition System (SBDC). The antitrust authority, with a view to ensuring greater efficiency in the analysis of acts of concentration that could result in greater competition concerns, ended up establishing, in an objective manner, minimum criteria for a given concentration act to be considered as of mandatory notification.

Indeed, by establishing, as a mandatory notification criterion, the acquisition of control resulting from the operation, item 1 of article 9 of Resolution No. 02/2012 must be interpreted in the technical sense of the expression, contained in articles 116 and 243, paragraph 2, of Law 6,404/76 (Corporate Law). In this case, the norm refers to the acquisition of shareholding control, either in isolation or in a shared manner.

At this point, it is worth noting that the concept of relevant influence is associated precisely with cases where there is no power to control. Both comprise expressions that, although not confused, are part of the concept of "active equity interests".

A partner has the power to control a company when she/he/it holds rights that ensure her/his/its preponderance in the company's decisions. If the partner cannot individually control the company's decisions, but can, for

11 Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWcaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNNVQCTipm7C367U-YYIYREK7bR1fRX6XGMZtrWUXZrJdjaC31raOYeQ4PM8cAeBei3qytqjIiPIQT6bi_egZ8V. Access on June 22nd, 2021.

12 Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM84PNCjAYZ9QjJRTuITuAHgOaF9Lx2OoPGZblinFWjyhJ1iamkGSGaMQAzhavT6YvDXQe3C_IV-goLimYGYPCNW. Access on June 22nd, 2021.

13 Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KO_Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfjTifRn8_ywCudV1gCNGrQingXFAcnUagM9Igy-8yamlycudxqG4KFbNWdRjNLT7fGIBzaMp. Access on June 22nd, 2021.

example, veto or prevent other partners from doing so, her/his/its agreement being necessary to guide the company's behavior, it is said that this partner enjoys the power of shared control. Although the controlling power normally concerns the shareholder holding more than 50% capital, it is possible, in certain cases, for minority shareholders to control a company.

There are cases, however, in which one or more partners do not have the power to control, alone or jointly, the behavior of a company; but they are able, even so, to exert a relevant influence on the company's decisions, even if they only hold minority shares.

As seen, under Article 4 of CADE Resolution 02/2012:

“Art. 4 It is understood as parties to the operation the entities directly involved in the legal business being notified and the respective economic groups.

§ 1 - It is considered an economic group, for purposes of calculating the billings contained in art. 88 of Law 12,529/11, cumulatively:

I - companies that are under common control, internal or external; and

II – companies in which any of the companies in item I holds, directly or indirectly, at least 20% (twenty percent) of the share capital or voting capital.”

In the Rhodia/Granbio Concentration Act (Concentration Act No. 08700.008623/2013-78)¹⁴, one company had a 20.6% stake in the other's capital and was therefore considered part of the same economic group, even though, due to a lawsuit, it could not fully exercise its social rights in the invested company.

This solution was given in line with CADE's Resolution No. 2/2012, which characterizes unitary management by the simple participation of 20% or more in the company's total share capital.

¹⁴

Available

at:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcYJLJ6_IMCO8aWl4r1pWTuUkoYV1IIIDbfeDxBKOYx0v. Access on June 23, 2021.

In the Agriport/Blue Ocean Concentration Act (Concentration Act No. 08700.002786/2015-17)¹⁵, Cade considered a company that held 50% of shares of another as the same economic group. For the characterization of control, according to the rules of corporate law (Law 6,404/76), considering only the shareholding, 50% of the shares, plus at least one, would be required.

Even so, CADE's understanding is in line with Resolution No. 2/2012, and it is plausible to assume that there is a unitary or common direction in the presence of a 50% shareholding or superior.

In the PricewaterhouseCoopers/PwC Strategy Concentration Act (Concentration Act No. 08700.006238/2015-58)¹⁶, despite the lack of equity interest between the parties, external control (which already is provided for in CADE's Resolution 02/2012) was sufficient to characterize a single economic group. Such external control was characterized because, despite the independence of the parties, there was an economic unit among the entities of the PwC Network, through which its entities could avail themselves of the resources and methodologies of the PwC Network.

In addition, the information presented by the parties suggested dependence, in relation to the development of the business, between the member company of the PwC Network and the internal bodies established by PwCIL, it being mandatory that each member company complied with the standards and policies established within the network, with a system for monitoring compliance with these obligations by the "Leadership Team".

There was even a need for approval by the "Leadership Team" of certain acts individually performed by member firms, such as structural changes or decisions that could impact the performance, quality, economic interests, or reputation of the local business and, therefore, also of the Network. Adherence to and compliance with the norms, policies and standards established by the PwC Network were monitored and imposed/executed in a centralized manner, strengthening the argument of

¹⁵ Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KO_Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfjTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnRaC6ypKDable-detd0lKNX3ncd6hKdwRjeme_E8lBSu. Access on June 23, 2021.

¹⁶ Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KO_Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfjTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnX7jA_nX9j8uz3AeZuKJMMmd3xfZygW8FYE5kqUnKgh8R. Access on June 23, 2021.

interdependence. In this context, the PwC Network was understood by CADE as a single economic group.

CADE Resolution 17/2016 regulates the notification of associative contracts referred to in item IV of article 90 of Law 12,529/2011 ("two or more companies enter an associative contract, consortium, or joint venture). Article 2 of the resolution provides that:

"Art. 2 - Any contracts with a duration equal to or greater than 2 (two) years that establish a common enterprise for the exploration of economic activity are considered as associations, provided that, cumulatively:

I - the contract establishes the sharing of risks and results of the economic activity that constitutes its object; and

II - the contracting parties are competitors in the relevant market object of the contract"."

And Art. 4 stipulates that:

"Art. 4 - For the purposes of this Resolution, contracting parties are those directly involved in the notified legal transaction and the respective economic groups, as defined in Article 4 of Resolution No. 2/2012."

In another case of formation of a joint venture reviewed by CADE (Act of Concentration No. 08700.006723/2015-2)¹⁷, the economic groups of media SBT, Record and RedeTV! notified the formation of "Newco", to act together in the "transmission of content/programming of open TV for conditional access service providers". The share capital of each company would be divided equally, with a 33% share for each.

The rapporteur of the case at CADE voted to reject the operation. CADE's final decision, however, was to approve the joint venture with restrictions, by signing an Agreement on Control of Concentrations (*Acordo em*

¹⁷

Available

at:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KO_Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfjTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnT41bnIPL8Pur7qdS9xYfkeM9jASRSJ3UrFMUUATmF75. Access on: June 23, 2021.

Controle de Concentrações - ACC). An excerpt of the decision was very enlightening about CADE's perspective on joint ventures:

“Joint ventures are a special type of arrangement whose characteristics are usually seen as neutral or beneficial to the competitive environment. A good translation of the term joint venture points to the meaning ‘enterprise with shared risks or responsibilities’. For competitive purposes, classic joint ventures are those whose mission is to serve as an exploratory vehicle for creating companies in unknown markets, whether this is lack of knowledge of a geographic or thematic market.”

In these cases, the most common formations of joint ventures are related to innovation, services, differentiated products or capital-intensive industries. As in the classic modality this type of company is always a means of entry into markets not related horizontally or vertically. CADE Resolution No. 2/2012 provides that the assessment of competition impacts takes place in a simplified procedure and summarily tending to approval without restrictions.

However, companies that deviate from this model may require a detailed antitrust assessment. The most common competitive risks associated with non-classical joint ventures are those relating to limitations on independent business decisions, shared control of important productive assets, facilitating the exchange of competitively sensitive information, incentives to reduce competition in markets other than the joint venture's and other elements that indicate an increased risk of tacit or explicit collusion.

CADE Resolution 02/2012 itself defines a classic joint venture as “*the creation of a company to explore another market*”; and a concentrationist joint venture as “*the creation of a company to explore a market already explored by the associated companies*”¹⁸.

In fact, comparative law goes along the same lines, in relation to common or shared control. Article 3 of the European Union's Merger Control Regulation (EU Regulation 139/2004) defines a concentration when there is a

¹⁸ Annex II (Phase III) of CADE Resolution 02/2012. Available at: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202_2012%20-%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf. Access on: June 28th, 2021.

lasting change of control, through merger, acquisition or creation of a joint venture that performs all the functions of an autonomous economic entity.

In Opinion No. 394/2012/AGY/PGF/PFECADE, in the Concentration Act No. 08700.008736/2012-92¹⁹, CADE's legal body (ProCADE), when expressing its opinion on "associative contracts", wrote that "*there is no legal definition of what may arise to be 'associative contracts'*". The doctrine conceptualizes them as legal transactions through which two or more companies, without forming a formal consortium, join to carry out an agreed undertaking. They do not lose the autonomy of the decision-making centers, but have their freedom limited, insofar as they are linked to the achievement of the common effort.

Thus, the delimitation of a legal transaction subsumable to the control of the Brazilian antitrust authority was established, insofar as it presents the following characteristics: it is about the establishment of a relationship between companies that, nevertheless, can maintain their legal and economic autonomy, they will jointly develop an activity, with technical (know-how) and structural complementation, in addition to exclusivity, preventing them from providing individual third parties with services similar to those that are the object of the partnership.

With a joint venture, it is unmistakable that a new business power center is created, either through a control that will be shared among the contracting parties, or through a control that will be exercised by only one of the contracting parties. That is why it is impossible not to associate joint ventures with the so-called "acts of business concentration", since they nullify the competitive relationships between the contracting parties, regarding the joint venture, and may, therefore, be considered alternatives to the operations of corporate interpenetration, such as merger, acquisition, and incorporation²⁰.

On the other hand, the fact that the joint ventures admit the control of one of the contracting parties over the others, at least about the objectives of the joint venture, shows that such contracts can be seen as substitutes even for the business groups, insofar as that enables domination through contractual

¹⁹ Available at: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOUomQu-DYUEhGE-sLrGNPYNg1fNbKz4-aCwfmgHjQHGpP7ZVa1neaNbOyglhXxJiUohdFe9Wke3n7qJP2NFmBW. Access on June 24, 2021.

²⁰ PIRONON, Valerie. Les joint ventures: Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale. Paris: Dalloz, 2004, p. 3.

ties. From this angle, joint ventures could even be considered as instruments that generate partial external control, which is projected, *a priori*, in the exercise of enterprise, but which can be extended to other activities.

Joint ventures would be modalities of concentration by coordination or cooperation, alternatives to the usual forms of acquisition of controlling power or dominant influence over a company, or even the constitution of a fully controlled company²¹. For this reason, joint ventures have replaced acquisitions of companies or control, which has raised the yellow flag of competition authorities around the world.

By enabling the constitution of a new decision-making center or business control - effectively shared by the contracting parties or exercised only by one of them - it is unequivocal that joint ventures present themselves as new market structures, a circumstance that poses challenges in determining the liability regime of the contractors.

In joint venture contracts, the participating companies maintain their economic and financial independence, do not internally restructure their management or control power, and do not necessarily acquire assets, and if they do, this is merely instrumental. However, the communion of purposes and business risk, as well as the creation of a new specific control, certainly need to have repercussions in the responsibility regime of the contractors for the exercise of the joint venture.

The fundamental question that arises from joint venture contracts is precisely that of knowing to what extent the contractors simultaneously securitize the same business power and to what extent such circumstances allow them to be considered, together, as a single entrepreneur, including for the purposes of different liability regimes.

International joint ventures, therefore, and national joint ventures also cannot be allowed to conveniently deviate, by contractual provisions, imperative rules that seek to impute due responsibilities to those who jointly control or manage the enterprise²².

Therefore, under CADE's current legislation and jurisprudence, a joint venture (common or shared control) makes both shareholders liable for

²¹ ASTOLFI, Andrea. El contrato internacional de joint venture. 1 ed. Buenos Aires: Depalma, 1986. Cuadernos de la Revista del derecho comercial y de las obligaciones; v. 2.

²² PIRONON, Valerie. *Op. Cit.*, p. 12-17.

its acts and activities, in a competition or antitrust perspective, as they supposedly participated in the decisions of the joint venture, or, at least, did not take any action to opposed them.

Impedimento à posse em concurso público de condenados por violência contra mulher e outros grupos vulneráveis

Vanessa Vilela Berbel

Iniciemos com uma situação hipotética: Ana estabeleceu convivência com Marcos; desta relação adveio Susana, hoje com três anos. Ana foi agredida psicologicamente por Marcos, que lhe proferiu xingamentos e humilhações, o que culminou no deferimento de medida cautelar para preservar a integridade psicológica da vítima. Marcos paga pensão à sua filha em valor é insuficiente para o adequado cuidado da prole. Aprovado em concurso público, Marcos restou impedido de tomar posse no cargo, em razão de possuir medida cautelar decorrente de violência doméstica.

O Projeto de Lei 2.556/21 visa, a partir de alteração das Leis nº 8.112 de 1990 e 14.133 de 2021, criar mecanismos para impedir que pessoas que estejam sob medidas cautelares ou condenadas por crimes de violência doméstica, contra mulher, crianças e adolescentes e contra idosos não possam tomar posse em cargos públicos, nem contratar com a Administração Pública Direta e Indireta.

Apesar de ser uma resposta social ao agressor, as consequências negativas do impedimento à posse em concurso nem sempre serão suportadas por ele, podendo atingir o próprio sustento da prole, da vítima e daqueles que sofreram a violência.

Nestas hipóteses, creio que ao legislador caberá a missão de reformular o texto legal, refletindo sobre situações em que há a transcendência dos efeitos negativos da lei; talvez, a via melhor, em alguns casos, não seja o impedimento à posse em cargo público, mas o estabelecimento de desconto compulsório da remuneração auferida, destinando-o aos afetados pela violência ou até, por hipótese, a fundo destinado a ações positivas para as vítimas de violência doméstica e familiar.

A justificativa do projeto invoca boas razões para seus termos. Também não se discute a necessidade de se estabelecer medidas que efetivamente reprimam ou desestimulem a violência; sem dúvida, combater a impunidade e não premiar os malfeitores é um caminho correto.

Contudo, a par das excelentes intenções, precisamos discutir os reais efeitos sociais da norma e desenhá-la de forma adequada para que atinja de

fato os efeitos desejados. Nesta senda, faz-se necessário ter maior atenção com as situações em que há a transcendências dos efeitos da medida punitiva, afetando negativamente aqueles que dependam economicamente do agressor e que sejam vítimas diretas ou indiretas da ofensa.

O princípio da moralidade impõe que a investidura em cargo ou emprego público seja reservada a pessoas probas, não sendo ilícita a previsão editalícia de inexistência de condenação criminal como requisito para a posse. Todavia, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, não se pode estabelecer a valoração negativa de simples processo em andamento, salvo situações excepcionabilíssimas e de indiscutível gravidade; seria, a medida cautelar nos casos de violência contra a mulher crianças, adolescentes e idosos uma dessas exceções?

Talvez o caminho precise ser inverso. Em um país em que a cultura da informalidade no emprego se legitima como via para burlar o pagamento de pensões alimentícias, o impedimento à posse em concurso público não parece ser o caminho mais adequado de coibir o potencial agressor ou de dar a ele a justa repreensão. Ao invés, o desconto compulsório de indenização e pensão aos atingidos parece-me um modo mais inteligente de se realizar a resposta social.

Outrossim, não se afasta, nesta ou em outras situações, o princípio da presunção de inocência. Há de se primar pelo trânsito em julgado da ação condenatória para que o impedimento à posse se legitime, não bastando a concessão de medida cautelar. Se contrário for, nestas hipóteses, a lei, ao invés de garantir a repreensão adequada ao agressor, pode se tornar um obstáculo à própria concessão da cautela, visto que os magistrados poderão refrear o uso de seus poderes.

Não vamos, porém, jogar fora o bebê com a água do banho. O PL anda bem no objetivo geral de impedir condenados por violência contra a mulher, crianças, adolescentes e idosos de tomar posse em concurso público, mas, nesta hipótese, não se pode dispensar o trânsito em julgado da decisão condenatória.

Outrossim, deve-se pensar em situações excepcionais em que o impedimento afete o sustento das vítimas diretas e indiretas da tragédia; deste modo, não havendo correlação entre o crime e as funções públicas a serem exercidas, não sendo conferido ao agressor o acesso a porte de armas ou meios que facilitem a reiteração da violência (ao exemplo dos agentes de segurança pública ou de inteligência), deve-se formatar medida em que, ao invés de se impedir a posse, imponha-se desconto compulsório de indenização e pensão alimentícia aos agredidos ou às vítima indireta da tragédia (filhos e dependentes economicamente do agressor).

Parece-me, neste ponto, que o PL ainda carece de amplo debate e de um desenho mais elaborado das hipóteses sociais afetas ao tema, a fim de não prejudicar as próprias vítimas com o desamparo econômico quando dependentes do agressor ou credoras de indenização indispensável à reparação da lesão sofrida.

O Passaporte da Vacina para o Covid-19: Liberdade X Externalidades para o Bem-Estar Coletivo

César Mattos

Restrições para os Não Vacinados

As restrições relacionadas à mobilidade dos indivíduos não vacinados para a Covid-19 têm sido intensamente discutidas, implementadas e às vezes revertidas no Brasil e no mundo.

Em Israel, implementou-se em 2021 o “passe verde”, permitindo o acesso a lugares como estádios, teatros ou piscinas apenas para vacinados. Na França, passou-se a exigir comprovante de vacinação em locais públicos, como restaurantes e bares. O bloco europeu conta com o passaporte de vacinação para autorizar o trânsito de cidadãos entre os países-membros. O Chile passou a requerer passaporte da vacina em grande parte dos locais públicos¹. A Áustria chegou a tornar a vacinação contra a Covid-19 obrigatória, com multas de até 3.600 euros².

Tais restrições contam, no entanto, com forte resistência em todo o mundo dos movimentos “antivax” e simplesmente de pessoas com restrições à vacina da covid-19, seja pelo seu pouco tempo de desenvolvimento³ ou por outros motivos como veganismo ou (curiosamente) simpatia pelo Presidente da República⁴. Paris tem assistido a protestos desde a aprovação do passaporte vacinal. Apesar disso, quando questionados sobre a exigência do passaporte vacinal em restaurantes, 47% dos franceses disseram apoiá-la, e 32% se

¹ Ver <https://www.nsctotal.com.br/noticias/passaporte-de-vacinacao-e-adotado-por-varios-paises-pelo-mundo-veja-lista>

²Ver <https://www.dw.com/pt-br/%C3%A1ustria-confirma-vacina%C3%A7%C3%A3o-obrigat%C3%B3ria-a-partir-de-fevereiro/a-60441426>

³ Vacinas em geral levam entre 8 e 15 anos para serem aprovadas, tendo a mais rápida levado 4 anos como mostra o World Economic Forum (<https://www.weforum.org/agenda/2020/06/vaccine-development-barriers-coronavirus/>). As vacinas contra a covid-19 levaram menos de um ano.

⁴ [Por que o Veganismo não é essencialmente um movimento anti-vacina – CERES \(wordpress.com\)](https://www.ceres.org.br/por-que-o-veganismo-nao-e-essencialmente-um-movimento-anti-vacina/)

opuseram. No Canada, multidões se reuniram em Ottawa para protestar contra as medidas restritivas, no que havia se iniciado como demonstrações de caminhoneiros⁵. No Reino Unido, a explosão de casos e internações pela variante Ômicron levou o premiê Boris Johnson a anunciar pacote que incluía o passaporte da vacina. A crise política gerada levou à derrubada do passaporte da vacina naquele país. Nos EUA, Nova York foi a primeira a exigir o comprovante de vacinação em bares, restaurantes e outros estabelecimentos comerciais, mas alguns Estados americanos, especialmente comandados por republicanos, proibiram medidas deste tipo.

No Brasil, as medidas restritivas têm sido implementadas de diversas formas. Um decreto na Bahia passou a requerer que os clientes de restaurantes apresentem comprovante de vacinação⁶. No Rio de Janeiro, chegou-se a exigir a apresentação do passaporte vacinal em shopping centers, táxis, serviços de transporte de passageiros por aplicativo, hotéis, bares e restaurantes, salões de cabeleireiro, dentre outros, mas sua amplitude acabou sendo reduzida⁷. O Ministério Público do Trabalho (MPT) orientou empregadores a exigir comprovante de vacinação no ambiente de trabalho⁸. Pesquisa Datafolha de janeiro de 2022 para o Brasil mostrou que 81% da população é a favor do passaporte vacinal para a entrada em locais fechados, como escritórios, bares, restaurantes e casas de shows⁹.

A vacinação obrigatória não é exatamente uma novidade no Brasil em que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)¹⁰ determina que "*é obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias*". Nessa linha e bem antes do início do debate atual sobre a vacina para a covid-19, São Paulo aprovou a [Lei 17.252/2020](#)¹¹ que exige a

⁵Ver <https://www.weforum.org/agenda/2022/01/are-covid-19-vaccine-mandates-a-human-rights-violation/> também para outros protestos na França, Coreia e Hamburgo.

⁶ Ver <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2022/01/14/apos-exigencia-de-comprovante-de-vacina-em-estabelecimentos-prefeitura-fiscaliza-bares-em-salvador.ghtml>

⁷⁷ Ver <https://prefeitura.rio/saude/passaporte-vacinal-contr-a-covid-19-deixa-de-ser-obrigatorio-em-shoppings-taxis-e-transporte-por-aplicativo/>

⁸Ver <https://www.amatra13.org.br/noticias/mpt-recomenda-exigir-comprovante-de-vacinacao-no-ambiente-de-trabalho/>

⁹ Ver nota de rodapé 2.

¹⁰ Ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

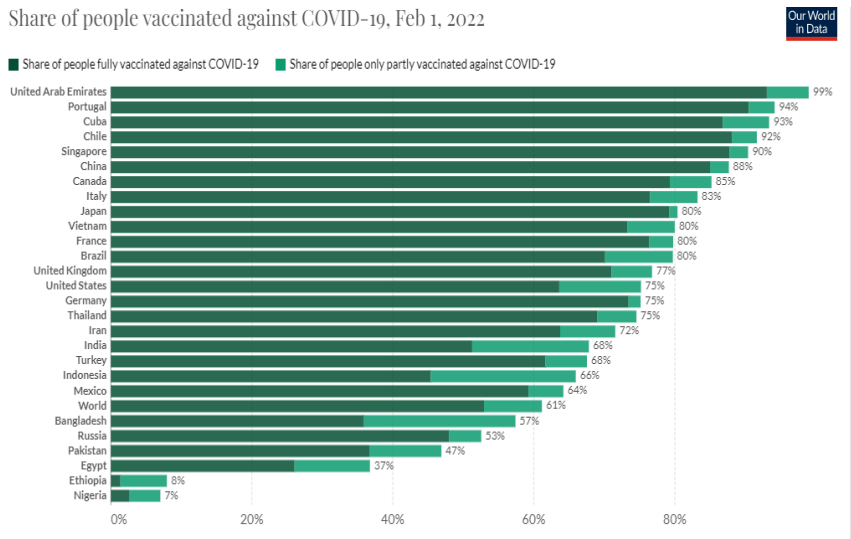
¹¹Ver <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2020/lei-17252-17.03.2020.html#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20obrigatoriedade%20da,>

apresentação da carteira de vacinação no ato da matrícula em todas as escolas públicas e privadas do Estado que “deverá estar atualizada, assim entendida aquela que contenha os atestados de todas as vacinas consideradas obrigatórias”. Não houve nenhuma mobilização substancial antivax neste caso.

Adesão à Vacina da Covid-19

No Brasil, a adesão à vacina é um problema menor que em outros países. Conforme dados do “our world in data”¹² de início de fevereiro de 2022 no quadro abaixo, o Brasil já tem 80% dos cidadãos que receberam pelo menos uma dose da vacina, superior ao Reino Unido (77%), EUA e Alemanha (75%), mesmo tendo uma disponibilidade inicial de vacinas menor que estes países. A cultura de vacinas no país e a boa estrutura do SUS para a campanha e implementação da vacinação respondem por este desempenho. Isso diminui a necessidade dos passaportes de vacinas.

Quadro 1. Comparação da Proporção de Vacinados entre Países



Fonte: Our world in data

no%20ato%20da%20matr%ADcula%20escolar&text=Artigo%203%C2%BA%20%2D%20S%C3%B3%20ser%C3%A1%20dispensado,expl%C3%ADcita%20da%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20da%20vacina.

¹² <https://ourworldindata.org/covid-vaccinations>

De outro lado, a conhecida resistência do Presidente¹³ e de parte do Ministério da Saúde¹⁴ contra a vacina devem ter reduzido esta adesão.

Vacinação Obrigatória e Movimentos Antivax: Antecedentes na História

Constrangimentos bem mais fortes que os “passaportes da vacina” não são uma novidade na história. Vejamos a varíola. Como destaca o jornalista George Erman, com a história do movimento antivax¹⁵, *“a Alemanha introduziu a vacinação e revacinação obrigatórias contra a varíola em 1874 e, em 1897, apenas cinco pessoas morreram da doença naquele ano. A França introduziu a vacinação compulsória contra varíola no Exército imediatamente após sua derrota em 1871. A Alemanha e a Grã-Bretanha, onde a vacinação contra a varíola era obrigatória, praticamente se livraram da doença antes da Primeira Guerra Mundial. Por outro lado, nos impérios austro-húngaro e russo, a vacinação não era obrigatória e a mortalidade por varíola permaneceu alta”*.

Também não são novidade os movimentos antivax. Em meados do século 19, o Reino Unido contou com a resistência das “ligas antivacina” contra a obrigatoriedade da vacinação para a varíola. Paula Larsson (2020)¹⁶ mostra que os antivax de 1885 afirmavam que a vacinação contra a varíola causava a própria varíola, a sífilis, febre tifóide, tuberculose, cólera e “envenenamento do sangue” (seja lá o que seja isso). Na versão moderna do movimento antivax, defende-se que vacinas podem causar autismo¹⁷.

¹³ Ver levantamento do Poder 360 sobre declarações do Presidente contra a vacinação: <https://www.poder360.com.br/governo/relembre-declaracoes-de-bolsonaro-sobre-a-vacinacao/>

¹⁴ Ver notícia sobre nota técnica de Secretaria do Ministério da Saúde contra a vacina: <https://oglobo.globo.com/saude/em-nota-tecnica-secretario-do-ministerio-saude-diz-que-vacina-nao-tem-efetividade-mas-hidroxyclorequina-tem-1-25364175>

¹⁵ Da varíola à covid-19, a história dos movimentos antivacina pelo mundo. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-59867755>. 15/01/2022.

¹⁶ LARSSON, P.: Movimento antivacina usa os mesmos argumentos há 135 anos. Revista Galileu. 25/10/2020. <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/10/movimento-antivacina-usa-os-mesmos-argumentos-ha-135-anos-aponta-cientista.html>

¹⁷ Conforme Larsson (2020), o ex-médico Andrew Wakefield foi quem originalmente publicou um estudo fraudulento ligando a vacina MMR (sarampo, caxumba, rubéola) ao autismo.

No Brasil, um evento histórico importante foi a “revolta da vacina” ocorrida no Rio de Janeiro entre 10 e 16 de novembro de 1904, com conflitos urbanos violentos entre populares e policiais e militares. A principal causa foi a obrigatoriedade imposta pelo governo de se vacinar contra a varíola em campanha comandada pelo médico sanitarista Oswaldo Cruz.

Tal como na Inglaterra, era ampla a ignorância na população sobre a vacina, além de que mostrar os braços para receber a injeção, especialmente mulheres, era visto como “imoral”. Afinal, era o início do século XX. Por simples desconhecimento sobre vacinas e/ou pelo padrão moral da época, muitas pessoas se negavam a receber a visita dos agentes públicos que aplicavam a vacina, reagindo, muitas vezes, com violência. O movimento rebelde acabou sendo dominado pelo governo, que prendeu e enviou algumas pessoas para o Acre. Em pouco tempo, a epidemia de varíola foi erradicada do Rio de Janeiro, apesar de a Vacina acabar tendo se tornado facultativa posteriormente.

Os Argumentos Contra e Pró Passaporte de Vacinas

A discussão atual é bem mais leve do que a da “revolta da vacina” há mais de um século e, à exceção de países como a Áustria, não se obriga a vacinação, mas apenas a introdução de restrições de mobilidade, especialmente para ambientes fechados.

De um lado, os contrários às restrições de mobilidade para os não vacinados contra a covid-19 defendem que elas representariam afrontas do Estado à liberdade dos indivíduos. Mesmo que não vacinar seja, a princípio, contra o interesse destes mesmos indivíduos, a ideia de liberdade incluiria a prerrogativa inclusive de agir contra si mesmo (fumar seria um exemplo).

Ademais, para os contrários às restrições, alega-se que vacinas podem apresentar efeitos colaterais, cabendo ao indivíduo avaliar se está disposto a aceitar este risco e não ao Estado.

Do outro lado, os defensores das restrições de mobilidade aos não vacinados apontam que elas são fundamentais para evitar o contágio de outros indivíduos. Este argumento estaria ligado à ideia de que a vacinação de cada indivíduo geraria uma externalidade positiva para todos os outros indivíduos ao reduzir a probabilidade de contágio. Ademais, a vacinação diminuiria a necessidade de gastos do Sistema Único de Saúde (SUS) com doentes de covid-

19, evitando uma externalidade negativa gerada pelo uso do sistema, reduzindo os recursos disponíveis para a saúde ou em outras políticas públicas¹⁸.

Para aqueles que não consideram estes efeitos positivos de sua própria vacinação para o resto da sociedade tanto por externalidades positivas como negativas (hipótese de egoísmo), as medidas restritivas seriam uma forma de diminuir as consequências negativas desta atitude, além de aumentar o incentivo dos recalcitrantes a se vacinar. Em síntese, induziria à internalização das externalidades geradas pela vacina, aumentando a probabilidade de vacinação voluntária.

O argumento das externalidades seria outra forma de expressar a máxima de John Stuart Mill¹⁹, na qual todos indivíduos devem ser deixados livres para buscar seus interesses desde que isso não prejudique os interesses de terceiros. Assumindo que não vacinados podem contaminar vacinados com maior probabilidade do que vacinados²⁰ e ainda gerar custos ao SUS, a não vacinação prejudicaria o interesse dos vacinados e mesmo de outros não vacinados.

Informação e Crenças da População sobre a Vacina da Covid-19

Vacinação é uma atividade que constitui um terreno fértil para teorias da conspiração: empresas multinacionais, muito dinheiro, elevada assimetria de informação, oportunismo político²¹ e o efeito sobre a saúde das pessoas. Mais do que medicamentos que tratam de uma situação presente de doença, tornando as decisões das pessoas mais racionais e focadas em resolver um problema existente, vacinas mexem com a prevenção, o que, ao retirar o sentido de urgência em seu consumo, dá margem a todo o tipo de elocubrações que facilitam o afastamento dos indivíduos do comportamento racional. Assim, aqui há forte elemento de economia comportamental com seus vários vieses cognitivos.

¹⁸ Pigou trouxe a questão econômica das externalidades em 1920 (Pigou, A. C. *The Economics of Welfare*. London: Macmillan).

¹⁹ Mill, John Stuart (1859). *On Liberty*.

²⁰ Veremos adiante que esta premissa não pode ser tomada como dada.

²¹ Conforme Larsson (2020), um conhecido líder antivacinationista do século retrasado, Dr. Alexander M. Ross, se dizia como o “*único médico que ousou duvidar do fetiche*” da vacinação. Apesar disso, descobriu-se que ele havia se vacinado contra a varíola, durante a epidemia desta doença.

O fato é que ainda hoje há elevada desinformação sobre como funcionam vacinas em geral. Muitos “descobriram” com a vacina da covid-19 que não há proteção 100% contra a (e nenhuma) doença (e há alguma garantia 100% de alguma coisa na vida, especialmente na medicina?).

E o problema é que os indivíduos antivax vivem em um mundo sem ferramental estatístico. Sempre conhecem alguém que foi vacinado, mas que teve a doença, o que constituiria “evidência irrefutável” que a vacina não funciona. A ideia de que a avaliação da eficácia da vacina deve contar com amostras de vacinados e não vacinados, com grupos de tratamento e de controle está longe do mundo antivax.

O que ocorre é que as vacinas contra a covid-19 reduzem a probabilidade de se infectar e a severidade da doença²². No entanto, a probabilidade de se infectar, mesmo com a vacina, continua dependendo de quanto de contato o indivíduo tem com pessoas infectadas. Assim, mesmo que a vacina da covid-19 tenha uma efetividade maior que a vacina de sarampo, por exemplo, a probabilidade de pegar covid-19 de um vacinado será hoje superior que a de pegar sarampo simplesmente porque há uma pandemia em que se tem muito mais possibilidade de contato com pessoas com covid-19 do que com sarampo.

Para serem aprovadas pelos órgãos de controle sanitário como o Food and Drugs Administration (FDA) americano e a Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa) brasileira, requer-se eficácia da vacina de mais de 50%, o que foi mais do que alcançado pelas vacinas existentes. Por exemplo, a efetividade das vacinas baseadas na tecnologia do mRNA (Pfizer e Moderna), segundo estudo de outubro de 2021²³, chegou a 88–100% contra a variante Alpha, 76%–100% contra a variante Beta/Gamma e 47.3–88% contra a variante Delta. Naturalmente que estes percentuais variam conforme o perfil do indivíduo, especialmente idade.

Custo/Benefício da Vacina da Covid-19 para Cada Indivíduo

²² Ver a explicação da WHO sobre os testes de efetividade e eficácia de doenças <https://www.who.int/news-room/feature-stories/detail/vaccine-efficacy-effectiveness-and-protection>

²³ Veja este estudo de final de outubro de 2021 que provê uma visão geral sobre várias fontes de resultados das vacinas de covid-19: [https://www.clinicalmicrobiologyandinfection.com/article/S1198-743X\(21\)00604-2/fulltext](https://www.clinicalmicrobiologyandinfection.com/article/S1198-743X(21)00604-2/fulltext)

Também muitos descobriram com a covid-19 que vacinas trazem riscos de efeitos colaterais que, em geral, são leves, mas também podem ser severos (mais uma vez, há sempre garantia de 100% de que vacinas, remédios, alimentos ou qualquer coisa ingerida não terão efeitos colaterais?). Maragakis e Kelen²⁴ apresentam uma síntese desses problemas. No caso da **Pfizer e Moderna, observaram-se raras ocorrências de miocardite após a segunda dose, mas que, na grande maioria dos casos foram leves e se resolveram naturalmente. A probabilidade de trombose foi maior no caso da vacina da J&J. Também se reportaram reações alérgicas e síndrome de Guillain-Barré. Mortes após a vacina ocorreram, mas muito raras**²⁵.

A questão mais relevante aqui para a decisão de se vacinar ou não é em que medida os riscos de ter efeitos colaterais por tomar a vacina são maiores do que os riscos de ter covid-19 por não ter tomado a vacina e desenvolver problemas mais sérios. Ou seja, a pergunta importante não é se há risco em tomar a vacina, mas qual dos riscos para a saúde é maior, tomar ou não tomar.

Há vários estudos apontando que, com os dados disponíveis até agora, os efeitos colaterais severos são muito raros e os benefícios das vacinas da covid-19 compensam de longe os riscos potenciais²⁶.

Cabe também avaliar o perfil etário do indivíduo. Miocardite, por exemplo, é muito mais frequente em homens adolescentes e adultos jovens. A CDC mostra que entre 100.000 homens adolescentes vacinados, entre 4 e 7 devem desenvolver miocardite da vacina, enquanto se este grupo não for vacinado, mais de 5.500 devem ser infectados com covid-19 e desses 50 devem ser hospitalizados com miocardite²⁷. A reportagem busca indicar os “mitos” sobre a relação entre vacina e miocardite.

²⁴ Is the COVID-19 Vaccine Safe? <https://www.hopkinsmedicine.org/health/conditions-and-diseases/coronavirus/is-the-covid19-vaccine-safe#:~:text=Yes.,fatal%20cases%20of%20COVID%2D19>

²⁵ Um ponto relevante é que tais eventos ocorreram após a vacina, mas não obrigatoriamente implicam relação de causa e efeito com a vacina.

²⁶ Ver, por exemplo, Lau e Galea (2022) Risk–benefit analysis of COVID-19 vaccines — a neurological perspective na Nature Reviews Neurology volume 18 . <https://www.nature.com/articles/s41582-021-00606-5> utilizando análise de risco/benefício em modelos bayesianos de rede.

²⁷ <https://www.chop.edu/news/health-tip/myocarditis-and-covid-19-get-facts>

Assim, do ponto de vista da decisão individual, havendo informação completa sobre os resultados esperados da vacina, considerando a redução da probabilidade de se infectar e de ter sintomas severos da doença, a vacinação e os riscos de não se vacinar mais do que compensam a não vacinação e os riscos de se vacinar.

Podem ainda haver problemas de longo prazo não identificados ainda da vacina em função de seu período curto de aplicação? Claro que sim. Mas o mesmo vale para todos os problemas que a covid-19 pode causar no longo prazo. Na vida, é importante agir da melhor forma possível ou estar certo ex-ante com base nas informações disponíveis. Estar sempre certo ex-post com base nas informações que ainda vão surgir é uma faculdade negada ao ser humano.

Viscusi, Vernon e Harrington (1995)²⁸ indicam que há uma tendência, na área de riscos que afetam a saúde, de os indivíduos superestimarem ou subestimarem os riscos conforme a sua exposição relativa. No caso de vacinas é possível que uma miocardite gerada por uma vacina de covid-19 seja muito mais noticiada na mídia do que as várias miocardites geradas por ter a covid-19. Isso pode gerar uma percepção equivocada de que vacinas para a covid-19 geram risco maior do que a própria covid-19 em relação à miocardite. Como destacam os autores:

“Um resultado da literatura sobre percepção de riscos é que eventos altamente publicizados são frequentemente associados com percepções substanciais de risco, ainda que os riscos reais envolvidos não sejam tão grandes. Este resultado não é um sinal de irracionalidade individual. Tipicamente os eventos em si, em lugar de sua frequência, são publicizados. Podemos estar vendo que um certo número de pessoas foi morta por um tornado, mas nós não somos informados sobre a frequência desses eventos a não ser que a cobertura das vítimas do tornado no jornal ocorra de forma mais frequente que a cobertura das mortes de vítimas de asma. Dada a sensibilidade da percepção dos riscos à quantidade de publicidade, assim como ao nível de risco, as pressões exercidas sobre as agências de regulação de risco não necessariamente estarão em linha com a direção que está no real melhor interesse da sociedade.”

²⁸ Viscusi, W.Kip, Harrington, J. e Vernon, J.: Economics of Regulation and Antitrust. The MIT Press, 1995.

A questão relevante aqui é se em uma sociedade democrática, a regulação deve responder pelos anseios sociais, ainda que baseados em probabilidades e premissas erradas, ou deve seguir as prioridades dadas pelas reais probabilidades de realização de riscos?²⁹

***Free-Riding* e Vacinação**

Há aqui, também, o típico problema de *free-riding*: o ideal para cada indivíduo é que todos os outros se vacinem, provendo o “bem coletivo”, mas ele não, o que evitaria para si o risco dos efeitos colaterais, um problema totalmente equivalente ao da provisão de bens públicos.

Assim, o interesse individual de se vacinar, associando o *free-riding* à falta de informação (ou pior, à “informação contaminada” por teorias da conspiração, especialmente as provenientes de fontes não adequadas das redes sociais), pode ser menor que o necessário para atingir uma adesão voluntária à vacina consistente ao bem-estar coletivo. O passaporte da vacina pode ser um instrumento para alinhar o interesse individual ao coletivo.

Vacina para a Covid-19 e Transmissão da Doença

Os estudos disponíveis ainda não deixaram absolutamente claro que indivíduos vacinados contaminam menos os outros que indivíduos não vacinados.

Shah et all (2021)³⁰, por exemplo, apresentam evidência que a vacinação de trabalhadores da saúde está associada a uma redução dos casos documentados de Covid-19 entre pessoas que moram na mesma casa, mostrando que vacinas podem reduzir transmissibilidade, realizando as externalidades positivas esperadas e justificando os passaportes da vacina.

²⁹ No caso de drogas, por exemplo, boa parte dos países impõe a proibição (alguns países ou estados têm flexibilizado essa imposição), mas no caso do cigarro apenas se restringe a propaganda e locais onde o fumo é autorizado. Nesse último caso do cigarro no Brasil, utiliza-se uma variante das políticas de *nudging*, obrigando a se colocar imagens das consequências negativas do consumo do produto sobre a saúde nos maços de cigarro. Ver a recente Análise de Resultado Regulatório da Anvisa sobre o tema: https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/regulamentacao/monitoramento-e-avaliacao-de-resultado-regulatorio/RelatoriodeARR__RDC_195_2017.pdf

³⁰ Effect of Vaccination on Transmission of SARS-CoV-2. <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmc2106757> The New England Journal of Medicine

Já Paredes (2022)³¹ mostra alguns estudos que apontam que a transmissibilidade do covid-19 para terceiros entre vacinados e não vacinados pode não ser diferente, o que desafiaria a racionalidade das políticas de passaporte de vacinas pela inexistência do principal vetor gerador das externalidades positivas pela vacinação. Afinal, se a vacinação não afeta a transmissão, não há externalidade positiva a ser realizada por ela. Cabem mais pesquisas sobre esta relação.

Conclusões

Não há dúvida que o passaporte de vacinas é um instrumento de intervenção particularmente forte na vida das pessoas. Obrigar a se vacinar para viajar, sentar em um bar, frequentar teatros e shoppings representa restrição que atinge atividades que representam muito do que as pessoas entendem como a essência do que é ser livre.

De outro lado, temos uma pandemia que há dois anos nos fez reestruturar toda a nossa de forma de viver, especialmente trabalhar. Os lockdowns geraram uma crise sem precedentes na economia, com o Brasil decrescendo 4,1% em 2020, acumulando com a recessão que vinha de 2015. A ameaça à saúde das pessoas em uma pandemia que já ceifou quase 630 mil vidas até o início de fevereiro de 2022 aliada à incerteza sobre qual será a “variante da vez” cobra na forma de mortes, sequelas da doença, tristeza, medo e ansiedade um preço que continua crescendo.

Ademais, foi simplesmente notável a rapidez com que se desenvolveram vacinas para a covid-19 em menos de um ano quando o tempo médio para a concessão de uma patente de vacina é entre 8 e 15 anos. A resposta da ciência à crise da covid-19 nos está poupando um sofrimento que poderia ser muito maior. Além das vidas salvas e de prover uma tranquilidade que o mundo não teve em outras epidemias na história humana, as vacinas são um substituto muito mais eficiente para lockdowns³².

31 Transmissibility of SARS-CoV-2 among fully vaccinated individuals. [https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099\(21\)00768-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/laninf/article/PIIS1473-3099(21)00768-4/fulltext)

32 Sendo que a própria eficiência dos lockdowns está sendo questionada. Herby, Jonung, L e Hanke, S. (A LITERATURE REVIEW AND META-ANALYSIS OF THE EFFECTS OF LOCKDOWNS ON COVID-19 MORTALITY RTALITY SAE./No.200/January 2022 /October 2021) encontraram que os lockdowns tiveram pouco ou nenhum efeito na mortalidade pelo covid-19.

Passaportes de vacinas temporários e restritos a ambientes menos abertos nos parecem se encaixar bem com a ideia de Mill de liberdade sem prejuízo de terceiros ou, mais popularmente, a liberdade de cada uma acaba quando a do outro começa.

Não obstante, esta prescrição é condicionada por importante ressalva. A externalidade positiva da vacina nos parece o argumento mais forte para os passaportes da vacina. No entanto, como vimos, é preciso ter mais clareza sobre a relação da vacina com a transmissibilidade da covid-19. Caso acabe se constatando que a relação é inexistente ou muito fraca, cabe reconsiderar os passaportes de vacina.

Entretanto, como esta relação pode mudar com as novas variantes, é possível que o teste de transmissibilidade sobre a variante anterior não valha para a atual. O Brasil já conta com regulações bastante estritas de vacinação, especialmente crianças, independente da covid-19. Não há liberdade sem saúde e o brasileiro já está acostumado a considerar a vacina como uma libertação para viver melhor e não como uma prisão. Por isso, na dúvida, os passaportes de vacina devem continuar a ser utilizados.

Autores:

ADRIANO PARANAIBA. É Economista, Doutor em Transportes. Professor do IFG e Diretor Acadêmico do Instituto Mises Brasil. Já atuou como Subsecretário de Competitividade e Melhoria Regulatória no Ministério da Economia.

AMANDA FLÁVIO DE OLIVEIRA. Sócia fundadora do Escritório Amanda Flávio de Oliveira. Graduiu-se em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em 1996, onde também cursou Mestrado (2000) e Doutorado (2004), tendo realizado formação complementar em Louvain-la-Neuve, Bélgica (1999). É professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UNB).

ANA FLÁVIA NAPOLI SILVA. Advogada no Vilanova Advocacia, graduada em direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), participante do GEDE da Unb/Idp, do Grupo de Estudos de Mercados Digitais do IDP e fundadora do CONEDIR (Congresso Nacional dos Estudantes de Direito).

ANA LÚCIA PASCON ARAÚJO. Possui graduação em Administração pelo Centro Universitário de Brasília, graduação em Direito pela UDF Centro Universitário e mestrado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Possui experiência em direito material e processual do trabalho, tendo atuado como assessora jurídica em gabinete de ministro do TST.

ANA PAULA ANDRADE DE MELO. Mestre em Administração Pública pelo IDP. Pós-graduada em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pelo IBMEC. Bacharel em Direito. Escrivã de Polícia Federal. Subchefe Adjunta para Estudos Jurídicos, Revisão e Consolidação Normativa na Presidência da República.

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.

ANDRÉ SANTA CRUZ. Procurador Federal. Doutor em direito empresarial pela PUC-SP. Professor de direito econômico e empresarial do Centro Universitário IESB-DF.

ANGELO PRATA DE CARVALHO. Advogado sócio de Ana Frazão Advogados. Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

Professor voluntário na Faculdade de Direito da UnB. Vice-líder do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECEM/UnB).

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). Kursou 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.

CÉSAR MATTOS. Doutor em Economia e Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados.

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

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.

ELVINO DE CARVALHO MENDONÇA. Professor da Webadvocacy, 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 Secretario-Executivo do Ministerio do Desenvolvi mento, Industria e Comercio Exterior (MDIC) e assessor especial da CAMEX. Foi presidente do Conselho de Administracao 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 e 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 ARAKE. Sócio de Henrique Arake Advocacia Empresarial. Doutor em análise econômica do direito. Professor de direito empresarial do UniCEUB, do IDP e do IBMEC.

ISABEL JARDIM. Advogada Antitruste no Vilanova Advocacia. Especialista em Direito Econômico e Defesa da Concorrência. Trabalhou como assistente na Superintendência-Geral do Cade e como assessora no Tribunal da autarquia.

JOSÉ AMÉRICO CAJADO DE AZEVEDO. É graduado em Engenharia Civil pela Universidade de Uberaba e em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Atualmente é consultor na empresa Dynatest Engenharia Ltda. e voluntário na Defensoria Pública do Distrito Federal. Possui experiência em gerenciamento e coordenação de contratos, tendo atuado na área de licitações, contratos e concessões públicas por empresas privadas e pelo Governo, fazendo parte, inclusive, de Comissões de Licitações. Atua prestando consultoria na área jurídica. Tem como objetivo

conciliar o exercício do Direito com a experiência adquirida com a Engenharia e com as relações institucionais e governamentais.

JOSÉ GUILHERME FONTES DE AZEVEDO COSTA. Diretor Jurídico Tributário e Corporativo da Vibra Energia. MBA em Direito Empresarial na Fundação Getúlio Vargas (FGV -RJ). Pós-graduado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Candido Mendes (UCAM-RJ). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

JÚLIA GOMES MOTA. Mestranda em Direito Regulatório pela Universidade de Brasília (UnB), é advogada, bacharel em Direito e bacharel em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pesquisadora do Laboratório e Grupo de Pesquisa DR.IA, da UnB. Ex-bolsista Santander da Universidade de Vigo, Espanha. Atuou como assessora jurídica do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e pesquisadora na área de História política na UFRGS.

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.

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 Convidado 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.

LUIZ GUILHERME ROS. Sócio do escritório Silva Matos Advogados. É Consultor do Programa das Nações Unidas perante o CADE no projeto Control of Data, Market Power, and Potential Competition in Merger Reviews. Doutorando em Direito Econômico pela UnB. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). É Secretário da Comissão de Defesa da Concorrência e membro da Comissão de Direito Regulatório. Foi Vice-Presidente do Conselho de Administração da LoopKey S.A., e Data Protection Officer da Sociedade. Foi professor voluntário na Universidade de Brasília. Foi assistente técnico e coordenador substituto na Superintendência Geral do Cade. Foi assessor do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

MÁRCIO DE OLIVEIRA JÚNIOR. Possui Doutorado em Economia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2006). É graduado em Economia (UFMG) e em Direito (UnICEUB – Brasília). Tem experiência na área de Economia, com ênfase em Economia da Concorrência, Economia Internacional e em Economia Regional e Urbana. Foi Conselheiro e Presidente Interino do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de 2014 a 2017. Na área de Economia Internacional, atuou principalmente nos seguintes temas: abertura comercial, áreas de livre comércio, zonas de processamento de exportação. Na área de Desenvolvimento Regional, atuou na análise dos instrumentos de desenvolvimento regional e na análise das instituições voltadas à redução das disparidades regionais. Tem também interesse em Direito Econômico, nas áreas de regulação e antitruste, tendo atuado como pesquisador do Grupo de Estudos de Direito Econômico (GREDE), do Doutorado em Direito do UnICEUB. Atualmente, é Consultor Legislativo do Senado Federal, o órgão de assessoramento técnico do Senado, Consultor Sênior no Brasil da Charles River Associates (CRA) e Professor do Mestrado em Administração Pública do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), lecionando estatística, regulação e concorrência.

MAURO GRINBERG. Ex-Conselheiro do Cade, Procurador da Fazenda Nacional aposentado, advogado especializado em Direito Concorrencial, sócio e fundador de Grinberg Cordovil.

PAULO HENRIQUE GARCIA D'ANGIOLI. Advogado da Diretoria Jurídica Tributária e Corporativa da Vibra Energia. Pós-graduado em Direito Tributário pelo IBET-SP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-SP.

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.

RODOLFO SOUZA. Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados.

RODRIGO TOMIELLO DA SILVA. Advogado. MBA em Direito Tributário na Fundação Getúlio Vargas (FGV). Foi procurador de universidade assistente da Unicamp. Foi advogado na gerência de direito empresarial da BR distribuidora.

ROSENDO DE MELO NETO. Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados.

SANDRO LEAL ALVES. Economista. Superintendente de Estudos e Projetos Especiais da FenaSaúde. Este artigo expressa a opinião do autor e não da instituição.

UINIE CAMINHA. Professora Titular da Universidade de Fortaleza. Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. Doutora e Pós-doutora pela Universidade de São Paulo. Advogada.

VANESSA VILELA BERBEL. Professora adjunta do Instituto Federal do Paraná. Pesquisadora dos temas direito e desenvolvimento econômico.



Direito e Economia