

**Poder Judiciário,  
Concorrência e Regulação**

ESTUDOS SOBRE O FONACRE



# **Poder Judiciário, Concorrência e Regulação**

ESTUDOS SOBRE O FONACRE



Copyright © 2019, Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE  
Copyright © 2019, Os autores.

**Editor Chefe**  
*Priscilla Peixoto*

**Capa, projeto gráfico**  
*Lucas Soares*

**Diagramação**  
*Bárbara Rodrigues*

**Revisão**  
*Eduardo Gomes*  
*Lucas Soares*

Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE  
SHS Quadra 6, Bloco E, conj. A, salas 1305 a 1311  
Brasil 21, Edifício Business Center Park 1  
Brasília/DF - CEP 70.322-915  
Tel.: (61) 3321-8482  
[www.ajufe.org.br](http://www.ajufe.org.br)



Todos os direitos reservados.  
Nenhuma parte desta obra pode ser  
reproduzida, por quaisquer meios, sem  
a autorização prévia da AJUFE.

Catálogo na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica

Poder Judiciário, Concorrência e Regulação - Estudos sobre o Fonacre. MENDES,  
Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES,  
Paulo Sérgio [Orgs.] -- Brasília: AJUFE, 2019.  
202 p.

ISBN: 978-85-60519-91-0

CDD340

CDU340



# Sumário

**Apresentação..... 9**

**Diretoria..... 13**

**1. *Compliance e defesa da concorrência*..... 15**

*Ricardo Villas Bôas Cueva*

**2. *Breves Notas Sobre a Revisão Judicial da Regulação*..... 25**

*Jean-Paul Veiga da Rocha*

*Diogo R. Coutinho*

**3. *Coordenação efetiva e sistematização: Novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil*..... 29**

*Carlos Ragazzo*

**4. *Desafios do comércio eletrônico no Brasil: integração vertical entre fornecedores e meios de pagamentos, proteção de dados pessoais e cooperação regulatória internacional*..... 39**

*Alexandre Veronese*

*Marcelo Cunha*

**5. O direito na era digital: ensino, teoria, e prática em face das novas tecnologias de informação e comunicação.....61**

Beatriz Kira

**6. Poder Judiciário, regulação e concorrência: uma análise dos enunciados do II FONACRE.....71**

Clara da Mota S. Pimenta Alves

Pedro Felipe de Oliveira Santos

**7. Decisões do CADE e controle judicial.....75**

Gabriel Nogueira Dias

Cristiano Rodrigo Del Debbio

**8. O *Amicus Curiae* no Direito da Concorrência.....87**

Oscar Valente Cardoso

**9. Nova Governança - Insights para o Aprimoramento da Regulação Estatal.....97**

Isabela Ferrari

**10. Análise dos Elementos Normativos Fundamentais do Enunciado nº 16 do FONACRE .....117**

Marcelo Lelis de Aguiar

**11. Peter Häberle e o direito regulatório: Análise doutrinária sobre o enunciado n. 12 do fórum nacional da concorrência e da regulação – FONACRE.....127**

Bernardo Tinôco de Lima Horta

**12. A demonstração concreta ou potencial dos efeitos dos atos para a constatação da infração à ordem econômica.....137**

Fernando Tonding Etges

**13. Regulação do controle de tráfego aéreo: A questão da entidade exploradora.....147**

Fabio Luiz de Oliveira Bezerra

**14. Direitos sociais e responsabilidade civil do estado por omissão: quando ignorar a reserva do possível significa admitir o risco integral.....153**

Durval Carneiro Neto

**15. O problema do inadimplemento eficiente e uma sugestão a título de contract design.....169**

Tiago Bitencourt De David

**16. O Poder Judiciário e o Setor Elétrico: Interpretação do Enunciado 20 do FONACRE 2018.....179**

Fabiano Ricardo Luz de Brito

Maricé Giannico

**17. A competência do CADE sobre atos de agências reguladoras: análise de caso na revenda de combustíveis.....185**

Carolina Saito

Leonor Cordovil

Luiz Guilherme Ros

**Lista de autores.....201**







## Apresentação

Na Faculdade, há mais anos do que eu gostaria de contar, aprendi que o que não está nos autos não está no mundo. Símbolo da imparcialidade da Magistratura, essa máxima aponta para a proibição de o Juiz levar em consideração outros fatores para tomar sua decisão, sejam eles fatores que digam respeito apenas aos fatos tratados no processo e às partes, ou fatores que possam vir do mundo exterior, por exemplo as consequências da decisão judicial a ser tomada para outros atores sociais e econômicos ou a própria administração pública.

Em um primeiro seminário organizado pela AJUFE em 2001 a respeito de mercados e concorrência, no Superior Tribunal de Justiça, a intervenção do Min. Nelson Jobim chamou a atenção para o fato de que o Juiz precisa olhar em redor, ponderando as consequências econômicas e concorrenciais de suas decisões, a fim de evitar que, ao impedir um mal, cause outro ainda maior. Essa afirmação causou alvoroço, afinal ia contra dogmas sedimentados em nossas mentes que delimitavam as lides ao conteúdo dos volumes amarrados com barbantes em nossas mesas.

Felizmente, nesses últimos anos muito mudou. Não apenas os volumes dos autos processuais foram se tornando processos eletrônicos, mas também a noção de que a intervenção judicial ao decidir processos, mormente entre particulares e a administração pública, precisa levar em consideração as consequências da decisão para os outros atores da administração pública e dos mercados atingidos pela decisão tomada. Ainda, isso se trata ainda mais relevante quando se trata de mercados regulados, onde as margens são estreitas, a tributação costuma ser elevada e qualquer pequena vantagem competitiva obtida por uma empresa pode levar a um desequilíbrio de mercado importante e de difícil reversão.

A análise dessas questões e outros tópicos relevantes da atuação do Judiciário Federal e sua interação com os mercados regulados foram o motor da decisão da AJUFE de inserir em seu calendário de eventos periódicos o FONACRE

– Fórum nacional de Concorrência e Regulação. Já em sua segunda edição, o FONACRE revela-se uma sede adequada para a reflexão livre de temas como a ética nas relações de mercado, livre iniciativa, desenvolvimento, papel do Judiciário na fiscalização das políticas públicas, na elaboração e aplicação dos marcos regulatórios e outros.

As recentes alterações na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, trazidas pela Lei 13.655/18, vão ao encontro dessa nova visão do papel do Juiz. Por exemplo, a lei afirma agora que o Magistrado, ao decidir acerca de determinada política pública, deve analisar se o administrador possuía alternativa viável; ou, que o Juiz precisa sempre ponderar, em sua decisão, sobre as consequências externas da decisão tomada, tanto do ponto de vista estritamente jurídico como do ponto de vista de suas consequências sociais e administrativas. Isso significa não uma restrição na liberdade do julgador em atuar, mas uma ampliação de sua responsabilidade, na medida em que determina sua obrigação de olhar além do que está nos autos que estão sobre sua mesa ou na tela de seu computador. O Juiz de hoje deve olhar ao redor, e precisa refletir sobre a inserção da decisão que tomará no âmbito da sociedade em seus variados aspectos e matizes.

O II FONACRE trouxe a Campinas debates ricos e francos sobre essas e outras questões, sintetizadas nos textos que seguem, de autoria dos palestrantes e debatedores dos painéis que compuseram o evento.

Boa parte do que foi ali construído está consolidado nos artigos que compõem esta obra. Aqui estão textos que apresentam ideias contemporâneas sobre regulação, concorrência e quanto à contribuição que o Poder Judiciário pode dar nesse campo. A propósito dos temas afetos ao FONACRE, escreveram o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, com artigo intitulado “Compliance e Defesa da Concorrência”; os Professores Jean-Paul Veiga da Rocha e Diogo R. Coutinho com “Breves notas sobre a revisão judicial da regulação”; Carlos Ragazzo, com texto acerca da “Coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil”. Assim como a Professora Beatriz Kira, Alexandre Veronese e Marcelo Cunha abordaram questões relativas à regulação do direito digital.

Esta obra, organizada por mim em conjunto com o Presidente da AJUFE Fernando Mendes e a Diretora da entidade Clara da Mota S. Pimenta Alves, teve ainda importantes contribuições de Juízes Federais e Advogados tais como a da própria Clara Alves e Pedro Felipe de Oliveira Santos; Gabriel Nogueira Dias e Cristiano Rodrigo Del Debbio; Oscar Valente Cardoso; Isabela Ferrari; Marcelo Lelis de Aguiar; Bernardo Tinôco de Lima Horta; Fernando Tonding Etges; Fabio Luiz de Oliveira Bezerra; Durval Carneiro Neto; Tiago Bitencourt de David; Fabiano Ricardo Luz de Brito e Maricí Giannico; e, por fim, Carolina Saito, Leonor Cordovil e Luiz Guilherme Ros.

Tudo nos faz aguardar ansiosos pelo III FONACRE e pela próxima publicação, em que as discussões serão ainda mais aprofundadas e ampliadas, em um cenário de alterações políticas e de visão sobre o papel do Estado na economia, o Judiciário, a própria concorrência.

Boa leitura!

*Paulo Sérgio Domingues*  
Tribunal Regional Federal da 3ª Região



***Biênio 2018/2020***

***Presidente – Fernando Mendes***

***Vice-Presidentes***

*1ª Região – Newton Pereira Ramos Neto*

*2ª Região – Flávio Oliveira Lucas*

*3ª Região – Carlos Eduardo Delgado*

*4ª Região – Patrícia Helena Daher Lopes Panasolo*

*5ª Região – Júlio Rodrigues Coelho Neto*

***Diretores***

*Secretário-Geral – Rodrigo Machado Coutinho*

*Primeiro Secretário – Eduardo André Brandão de Brito Fernandes*

*Tesoureiro – Frederico José Pinto de Azevedo*

*Revista – Cristina de Albuquerque Vieira*

*Cultural – Ilan Presser*

*Social – Aline Alves de Melo Miranda Araújo*

*Relações Internacionais – Clara da Mota Santos Pimenta Alves*

*Assuntos Legislativos – Nelson Gustavo Mesquita Ribeiro Alves*

*Relações Institucionais – Lincoln Rodrigues de Faria*

*Assuntos Jurídicos – Marcelo Adriano Micheloti*

*Esportes – Antônio José de Carvalho Araújo*

*Assuntos dos Aposentados – Vera Lucia Rocha Souza Jucovsky*

*Comunicação – Paulo André Espirito Santo Bonfadini*

*Administrativo – Alexandre Berzosa Saliba*

*Tecnologia da Informação – Marcelo Velasco Nascimento Albernaz*

*Comissões – Regilena Emy Fukui Bolognesi*

*Prerrogativas – Monique Marchioli Leite*

*Suplente – Rodrigo Pessoa Pereira da Silva*

*Suplente – Rodrigo Reiff Botelho*

*Suplente – Carolline Scofield Amaral*

*Suplente – Richard Rodrigues Ambrosio*

*Suplente – Rafael Chalegre do Rêgo Barros*

***Membros do Conselho Fiscal***

*Adél Américo Dias de Oliveira*

*Otávio Henrique Martins Port*

*Rodrigo Maia da Fonte*

*Leandro Cadenas Prado (suplente)*

*Antônio Henrique Correa da Silva (suplente)*

*Sílvio Coimbra Mourthé (suplente)*

***Comissão científica e executiva***

*Alessandra Gomes Faria Baldini*

*Clara da Mota Santos Pimenta Alves*

*Fernando Marcelo Mendes*

*Frederico José Pinto de Azevedo*

*José Marcos Lunardelli*

*Rodrigo Machado Coutinho*

*Marcelo Adriano Micheloti*

# Compliance e defesa da concorrência

Ricardo Villas Bôas Cueva<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Discutem-se neste artigo as características e a importância dos programas de *compliance* concorrencial. Procura-se investigar quais são os incentivos para sua difusão, tendo em vista a possibilidade de o discurso das autoridades da concorrência, não apenas no Brasil, não corresponder à sua prática, sobretudo se a compararmos à relevância dos programas de integridade no combate à corrupção.

## 2. Compliance como autorregulação regulada

Os programas de *compliance*, também chamados de programas de conformidade, de cumprimento ou de integridade, são instrumentos de governança corporativa tendentes a garantir que as mais diversas políticas públicas sejam implantadas com maior eficiência. Eles se compõem de rotinas e práticas concebidas para prevenir riscos de responsabilidade empresarial decorrentes do descumprimento de obrigações legais ou regulatórias. Em contraposição às políticas sancionatórias tradicionais, que se fundam na imputação de uma pena correspondente ao ilícito praticado, os programas de *compliance* voltam-se para a mudança de comportamento, por meio de padrões de conduta a serem observados e monitorados pelas empresas e administradores e funcionários, a fim de evitar o cometimento do ilícito.

Os programas de cumprimento de normas caracterizam-se como modalidade de autorregulação da atividade empresarial, estimulada pelo Estado, cuja

---

<sup>1</sup> Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Foi Conselheiro do CADE (2004-2008), Procurador da Fazenda Nacional e advogado. É mestre e doutor em Direito.

capacidade de regular efetiva e tempestivamente a atividade econômica tem se reduzido, em vista da crescente complexidade social, do incessante desenvolvimento tecnológico e da globalização. A chamada autorregulação regulada ou correção consiste numa modalidade de regulação que incorpora o ente privado, subordinando-o a fins concretos ou a interesses predeterminados pelo Estado, tal como se dá na disciplina dos programas de *compliance*.<sup>2</sup>

Há, portanto, uma relação de complementaridade entre a implantação e a execução de políticas públicas e a autorregulação. Daí a discussão acerca de ser ou não necessário estabelecer a obrigatoriedade de programas de *compliance* e de saber se a conduta omissiva de deixar de implementá-los deve ser punida como infração administrativa ou como delito. A Alemanha adotou o primeiro modelo ao prever, no artigo 130 da Lei das Infrações Administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) que tal omissão deve ser punida com multa de até um milhão de euros.<sup>3</sup> O segundo modelo, que se cogitou implantar na Espanha, implica tratar como delito penal a conduta omissiva consistente em não evitar a prática de determinada infração (administrativa ou penal). O projeto que continha essa orientação acabou por não ser aprovado, pois conduziria ao excesso e à desproporção de punir com sanção criminal aquele que deixasse de evitar a prática de ilícito meramente administrativo.<sup>4</sup>

Na Alemanha, há desde 2011 norma técnica do instituto de auditores, que define princípios para uma auditoria adequada dos sistemas de *compliance* (IDW PS 980), com a finalidade de ensejar reação tempestiva dos responsáveis pelo programa de cumprimento, evitando, com isso, a prática de infrações, inclusive a sua própria omissão, punível administrativamente com multa de valor máximo elevado. Essas auditorias, uma manifestação do fenômeno de vigilância do vigilante, contrapõem-se à tendência de adotar o modelo de imputação para cima,

---

<sup>2</sup> Ivó Coca Vila, “Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, in Jesús-María Silva Sánchez e Raquel Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 45.

<sup>3</sup> “(1) Quem, como titular de uma empresa ou negócio, de maneira dolosa ou imprudente, deixar de adotar medidas de vigilância para evitar no negócio ou empresa infrações contra deveres que obrigam ao proprietário e cuja infração se sanciona penal ou administrativamente, será sancionado administrativamente quando se houver cometido esta infração e esta se pudesse haver evitado ou dificultado essencialmente através de uma supervisão adequada. Entre as medidas de supervisão necessárias encontram-se também a seleção, nomeação e supervisão dos supervisores; (2) as empresa públicas são também consideradas negócios; (3) a sanção administrativa pode chegar a um milhão de euros quando a violação da obrigação seja sancionada penalmente. Quando a infração for sancionada com multa administrativa, a multa pode ser igual à multa que se impõe pela infração da obrigação. Isto também vale para a hipótese na qual a infração seja sancionada ao mesmo tempo penal e administrativamente, se a multa administrativa supera um milhão de euros”.

<sup>4</sup> Manuel Gómez Tomillo, *Compliance penal y política legislativa: el deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos em el seno de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 15.



que acaba por levar sempre à responsabilização do mais alto administrador ou do titular da empresa. Os melhores resultados são atingidos com a padronização de rotinas e comportamentos, que passam a ser verificáveis por um terceiro e desse modo tornam possível cogitar de uma responsabilidade por infração de deveres, não mais orientada para a proteção de bens jurídicos, mas para a proteção da vigência da norma.<sup>5</sup>

Além de incrementar a eficiência das políticas públicas, os programas de *compliance* tendem a aumentar a transparência e diminuir, ainda que indiretamente, o déficit democrático em algumas áreas nas quais a atuação do Estado é mais opaca.

### 3. Difusão dos programas de compliance concorrencial

Políticas de prevenção a infrações à ordem econômica, ou de *compliance* antitruste, têm sido adotadas em todo o mundo por um número crescente de empresas, preocupadas com as graves conseqüências de possíveis violações às leis de defesa da concorrência, nos diversos países em que atuam.

Por um lado, a internacionalização das normas de defesa da concorrência, hoje aplicáveis em diferentes graus de efetividade em mais de cento e vinte países, tem aumentado significativamente a probabilidade de detecção de infrações. Por outro, a intensa cooperação entre autoridades nacionais antitruste – materializada, por exemplo, em redes como a *International Competition Network*, cujo foco é a uniformização de normas e procedimentos e a discussão de melhores práticas – tem disseminado o uso de mecanismos sofisticados de investigação, como buscas e apreensões, e de programas de delação premiada, ou leniência. Essas ações conjuntas têm facilitado o combate internacional aos cartéis, levando a considerável aumento das penalidades aplicadas.<sup>6</sup>

Com o aumento da detecção de práticas anticompetitivas, aguçou-se a percepção dos riscos envolvidos com a falta de conformidade às leis de defesa da concorrência. Além do risco de multas administrativas elevadas, que correspondem não raro a percentagens significativas do faturamento das empresas, há também o risco de persecução criminal e de penas de prisão para os dirigentes envolvidos.

Caracterizada a infração, há ainda a responsabilidade civil pelos danos causados aos concorrentes e/ou aos consumidores. Tais indenizações podem

---

<sup>5</sup> Raquel Montaner Fernández, “La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico-penales”, in Jesús-María Silva Sánchez e Raquel Montaner Fernández, *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 145

<sup>6</sup> V. Ian S. Forrester, “To seek leniency or not to seek leniency: that is the general counsel’s question”,

atingir somas extremamente vultosas, em especial nos EUA, cuja legislação determina a indenização em triplo das perdas e danos causados por infrações à lei concorrencial.

O desrespeito às leis de defesa da concorrência acarreta, ainda, o risco de que certas cláusulas contratuais possam ser declaradas nulas. Em algumas jurisdições, sob certas circunstâncias, todo o contrato pode ser anulado, se demonstrada a intenção de burlar a legislação antitruste.

Outro risco ponderável diz respeito à reputação da empresa ou grupo. Condenações, ou mesmo a simples instauração de processos destinados a investigar possíveis violações à lei antitruste, podem prejudicar a imagem da empresa perante acionistas, *stakeholders* e o público em geral. Estudos recentes apontaram correlação entre o anúncio de investigações concorrenciais e a queda do preço de ações negociadas em bolsa. De qualquer modo, a simples existência de tais investigações tende a prejudicar a imagem da empresa no tocante à sua aderência aos mais altos padrões de governança corporativa.

A adoção de programa de *compliance* antitruste, dentre outros procedimentos destinados a assegurar o cumprimento da legislação aplicável em várias áreas, como tributária e ambiental, é um dos pilares de uma política de governança corporativa do mais alto nível. A OCDE, em seus princípios de governança corporativa, recomenda que o Conselho de Administração das empresas supervisione tais programas de *compliance*, bem assim que eles sejam estendidos sempre que possível às subsidiárias e que sejam alinhados aos padrões éticos e profissionais adotados pela empresa, de modo a que a adesão aos valores veiculados nos programas de conformidade seja premiada e violações à legislação sejam repreendidas<sup>7</sup>.

No que tange às empresas multinacionais, especificamente, a OCDE recomenda que conduzam suas atividades de maneira competitiva, devendo, especialmente, abster-se de iniciar ou realizar acordos anticoncorrenciais, conduzir todas as suas atividades de acordo com a legislação de defesa da concorrência, cooperar com as autoridades concorrenciais e sensibilizar os empregados para a importância de observar as leis e políticas concorrenciais aplicáveis.<sup>8</sup> Diante dessas inequívocas recomendações, que correspondem aos mais altos padrões éticos e de governança corporativa, a adoção de um programa de *compliance* antitruste passa a ser um imperativo para os grandes grupos empresariais, especialmente quando atuem em setores com grande concentração, nos quais detenham significativa participação de mercado.

---

<sup>7</sup> V. “Os princípios da OCDE sobre o governo das sociedades”, 2004, no sítio da entidade: [www.oecd.org/dataoecd/1/42/33931148.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/1/42/33931148.pdf)

<sup>8</sup> V. “Linhas diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais: síntese”, no sítio do Ministério da Fazenda: <http://www.fazenda.gov.br/sain/pcnmulti/downloads/sintese-diretrizes.pdf>

Com a implantação de um programa de *compliance* efetivo, a empresa passa a contar com poderoso instrumento de prevenção e detecção de possíveis infrações à legislação concorrencial, que se presta às importantes funções de administração de riscos e de redução de custos de litígio (administrativo, criminal e civil). Além disso, o programa auxilia a manter a boa reputação da empresa.

Outro benefício relevante pode ser, ainda, a mitigação das sanções aplicáveis, caso cometida inadvertidamente alguma infração concorrencial. Nos Estados Unidos, por exemplo, as diretrizes federais para a prolação de sentenças criminais estipulam que a existência de um programa efetivo de *compliance* deve ser levada em consideração como atenuante na fixação da pena<sup>9</sup>. Na legislação brasileira, embora a adoção de um programa conformidade não seja expressamente definida como atenuante, a boa-fé do infrator deve ser levada em conta na fixação da multa<sup>10</sup>.

#### 4. Elementos do programa de *compliance*

Observadas as orientações normativas e prudenciais aplicáveis no Brasil<sup>11</sup>, nos Estados Unidos<sup>12</sup>, no Canadá<sup>13</sup> e no Reino Unido<sup>14</sup>, um programa de *compliance* robusto deve conter, pelo menos, os seguintes elementos: a) código de conduta concorrencial com padrões e procedimentos claros quanto à observância da legislação de defesa da concorrência por parte do quadro de funcionários da empresa; b) apoio da alta administração da empresa e indicação de dirigente para coordenar e supervisionar o programa de *compliance*; c) ampla divulgação do código de conduta entre os funcionários e treinamento efetivo quanto aos padrões e procedimentos adotados; d) monitoramento da observância dos padrões e procedimentos fixados no código de conduta; e e) incentivos para adesão ao código de conduta e conseqüências para sua violação. Além disso, convém

---

<sup>9</sup> U.S. Federal Sentencing Guidelines, capítulo 8.

<sup>10</sup> Art. 27, II, da Lei 8.884/94. O art. 9º da Portaria SDE nº 14/2004 autorizava a SDE a recomendar a redução das penas aplicadas pelo CADE se o programa de prevenção de infrações à ordem econômica depositado pela empresa naquela secretaria fosse considerado efetivo, mas foi revogado pela Portaria SDE nº 48/2009.

<sup>11</sup> V. art. 4º da Portaria SDE nº 14/2004, revogada. Em janeiro de 2016, o CADE editou o Guia para Programas de *Compliance*, disponível no site da autarquia ([www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)).

<sup>12</sup> U.S. Federal Sentencing Guidelines, capítulo 8.V ainda “Antitrust compliance programs: the government perspective”, address by William J. Kolasky, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice.

<sup>13</sup> Competition Bureau of Canada, “Competition and Compliance Framework”, information bulletin, 10 de novembro de 2015.

<sup>14</sup> Office of Fair Trading, “How your business can achieve compliance: a guide to achieving compliance with competition law”, 2011, disponível no site da nova autoridade da concorrência, a Competition and Markets Authority.

criar canal de denúncias e mecanismo de proteção àqueles que se dispuserem a denunciar irregularidades.

A criação de um código de conduta concorrencial deve ser precedida de análise criteriosa das práticas comerciais da empresa, a fim de que os padrões e procedimentos a serem definidos possam ser ilustrados com exemplos concretos e permitam ao funcionário distinguir claramente o que deve e o que não deve fazer. A importância de os programas de *compliance* serem individualizados é lembrada em todos os trabalhos sobre o tema. A customização é indispensável não apenas no que diz respeito à prevenção de cartéis, mas sobretudo no que tange às condutas unilaterais, cuja caracterização é sempre mais complexa. Assim, o desenho de um programa de conformidade que leve em conta a prevenção de tais práticas deve enfatizar a criação de cultura interna de permanente reflexão sobre as práticas competitivas da empresa, a inclusão de salvaguardas antitruste nas estratégias competitivas a serem perseguidas pela empresa dominante, bem como o monitoramento constante e a reavaliação periódica dos riscos concorrenciais enfrentados.<sup>15</sup>

Para que o programa seja efetivo e reconhecido como tal pelas autoridades, é indispensável que a alta administração da empresa se comprometa com sua implantação e demonstre vigorosamente seu apoio perante o quadro de funcionários.<sup>16</sup> Convém, por isso, realizar seminários com os dirigentes da empresa para que se estabeleça consenso quanto à importância do programa de *compliance*. Este é apontado em todos os estudos como o elemento-chave de um programa de conformidade: o apoio inequívoco e sincero da alta administração da empresa. Sem isso, os critérios de governança não são alterados, assim como a política comercial e a conduta da empresa perante o mercado e seus concorrentes, o que pode levar as autoridades da concorrência a caracterizar tais programas de cumprimento como meramente “de fachada”, ineptos a permitir o abrandamento da sanção em caso de cometimento de ilícito.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Caio Mario da Silva Pereira Neto e Filippo Maria Lancieri, “Alguns apontamentos sobre programas de *compliance* antitruste focados em condutas unilaterais no Brasil”, in João Grandino Rodas e Vinicius Marques Carvalho, *Compliance e Concorrência*, São Paulo, RT, 2ª ed., 2016, pp. 69–87. Em razão da grande incerteza associada à caracterização das condutas unilaterais, os autores sugerem que as autoridades da concorrência desenvolvam portos seguros, bem como testes e critérios objetivos de análise de condutas unilaterais.

<sup>16</sup> V. Guia para programas de compliance, do CADE, p. 15: “Ao incluir o tema como uma de suas prioridades estratégicas, a alta administração, na prática, garante a própria existência do programa na medida em que: (i) transmite sua relevância para todos os colaboradores; (ii) assegura sua inclusão no orçamento, oportunidade em que quaisquer recursos adicionais necessários ao programa deverão ser discutidos; (iii) monitora sua evolução, mediante atualização periódica por parte do(s) responsável(is) pela gestão do programa; (iv) atribui metas, objetivos e itens de controle do programa de compliance concorrencial, que devem ser observados na prática”.

<sup>17</sup> V. Guia para programas de compliance, do CADE, p. 14: “A mera adoção formal de um programa não significa que a organização esteja efetivamente preocupada com o cumprimento

A divulgação do código de conduta e o treinamento dos funcionários serão efetuados mediante palestras, cursos e a distribuição de material de apoio, como folhetos, cartilhas e manuais. Contudo, “para que os treinamentos de compliance não sirvam apenas para cumprir uma formalidade, mas para verdadeiramente educar e engajar os participantes, é importante que os treinadores sejam capacitados, influentes e persuasivos. Treinamentos presenciais bem ministrados são provavelmente o segundo elemento de maior impacto em termos de criação da cultura de integridade, antecedidos apenas pelo ‘tone from the top’”.<sup>18</sup>

A implantação efetiva do programa será acompanhada, ainda, da criação de sistemas de monitoramento da observância do código de conduta e de punição dos responsáveis por eventuais infrações à ordem econômica. Além disso, a criação de canal de denúncias deve significar mais do que disponibilizar um telefone, pois é compreensível e esperado não apenas o temor de retaliações, mas também algum ceticismo quanto à efetividade das denúncias.<sup>19</sup>

## 5. Descompasso entre os efeitos dos programas de compliance anticorrupção e antitruste

As políticas anticorrupção e antitruste divergem substancialmente no que toca aos efeitos dos programas de *compliance*.<sup>20</sup> As autoridades da concorrência, de modo geral, recusam-se a considerar como atenuante a existência de programa de conformidade. Na Europa e nos Estados Unidos, considera-se que o principal benefício de tais programas é o fiel cumprimento da lei, evitando a prática de ilícito; se alguma irregularidade foi cometida, houve falha do programa de *compliance*. É bem verdade que as autoridades da França e do Reino Unido podem conceder uma redução máxima de 10% das multas em caso de adoção

---

da LDC ou que esse programa seja eficaz. Entidades podem adotar programas superficiais e/ou sem preocupação alguma com a manutenção do ambiente competitivo, apenas com a intenção de se valerem deles como circunstância atenuante em caso de condenação. Podem também adotar programas extremamente complexos e em teoria bem estruturados, elaborados por especialistas no tema e que implicam em gastos elevados, mas que não encontram qualquer eco na cultura corporativa e são sistematicamente ignorados por colaboradores”.

<sup>18</sup> Cf. Claudia Travi Pitta Pinheiro, Criando uma cultura de *compliance* antitruste, in João Grandino Rodas e Vinicius Marques Carvalho, *Compliance e Concorrência*, São Paulo, RT, 2ª ed., 2016, pp. 111-120.

<sup>19</sup> V. Joe Murphy, Essential elements of compliance programs: cartels, in in João Grandino Rodas e Vinicius Marques Carvalho, *Compliance e Concorrência*, São Paulo, RT, 2ª ed., 2016, p. 188.

<sup>20</sup> V. Joe Murphy, Essential elements of compliance programs: cartels, in in João Grandino Rodas e Vinicius Marques Carvalho, *Compliance e Concorrência*, São Paulo, RT, 2ª ed., 2016, p. 185: “Compliance programs matter to governments in fighting corruption. They do not matter to governments in fighting cartels. In competition law enforcers have abandoned those of us who do this difficult and often thankless task”.

de medidas efetivas de *compliance*, e que essa redução pode chegar a 15% na Itália. Mas nos Estados Unidos, a divisão antitruste do Ministério da Justiça (DoJ) exclui a possibilidade de mitigar as penalidades aplicáveis em caso de infração à concorrência, ao entendimento de que, por definição, infrações dessa natureza remetem ao núcleo da atividade empresarial e têm elevado potencial ofensivo.

Em contraposição, nas mesmas jurisdições, é bem diversa a abordagem dos programas de *compliance* quando se trata das leis anticorrupção. Admite-se, em primeiro lugar, a possibilidade de não punir a empresa que tenha um programa de conformidade efetivo, até mesmo na hipótese de envolvimento de seus diretores. Além disso, mesmo que se entenda devida a punição, é possível mitigá-la se comprovada a adoção de um programa adequado.

A razão dessa divergência de entendimento não é clara. A natureza das infrações e os regimes de responsabilidade aplicáveis talvez ajudem a explicá-la, mas a questão realmente importante é verificar quais os incentivos existentes à adoção de programas aptos a prevenir e detectar ilícitos empresariais nas duas áreas.<sup>21</sup> Como apontado por Shapiro e Marinho, “tanto o DOJ como a Comissão Europeia têm se mostrado céticos com a possibilidade de oferecer incentivos diretos, como descontos punitivos, para a promoção de tais medidas. A aposta dos órgãos parece ser a de uma relação de cooperação entre a regulação concorrencial e os dispositivos privados, procurando assim evitar os riscos de uma relação de predação entre estes. Isto é, embora as autoridades identifiquem no *compliance* um aliado potencial para mitigar as condutas anticompetitivas e atuem de modo a incentivar a sua profusão, inclusive apresentando guias e parâmetros claros para fomentar a educação concorrencial, evitam substituir o *enforcement* pela autorregulação privada. Isso fica evidente quando ambas as jurisdições rejeitam a possibilidade de premiar empresas pelo simples fato de contarem com programas internos de prevenção. A premissa desta rejeição é evitar a emissão de um contra-incentivo, ou seja, a promoção da autorregulação em detrimento do cumprimento da lei”.<sup>22</sup>

No Brasil também se reproduz o grande descompasso entre o tratamento dispensado aos programas de *compliance* nas normas anticorrupção e em leis correlatas, de um lado, e na legislação de defesa da concorrência, de outro.

A Lei Anticorrupção expressamente prevê a redução de multas por adoção de programas de integridade<sup>23</sup>, cujos parâmetros são definidos no Decreto

---

<sup>21</sup> Florence Thépot, “Antitrust v. anti-corruption policy approaches to compliance: why such a gap?”, in Competition Policy Internacional (CPI) Antitrust Chronicle, June 2015 (2).

<sup>22</sup> V. Mario Shapiro e Sarah Marinho, *Compliance* concorrencial: a experiência internacional e as lições para o CADE, in João Grandino Rodas e Vinicius Marques Carvalho, *Compliance* e Concorrência, São Paulo, RT, 2ª ed., 2016, p. 249.

<sup>23</sup> Cf. art. 45, VIII, da Lei nº 12.846/2013: “a existência de mecanismos procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação efetiva de

8.420/2015. A Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, nos três níveis da federação, determina que tais entidades adotem regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: a) práticas de controle interno; b) área de verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos e c) auditoria interna e comitê de auditoria estatutário (art. 9º). É obrigatório criar código de conduta e integridade que disponha sobre princípios e valores, instâncias internas de aplicação do código de conduta, canal de denúncias, mecanismos de proteção aos *whistle blowers*, sanções e treinamento (art. 9º, § 1º). A área responsável pela verificação de cumprimento será vinculada ao diretor-presidente e liderada por diretor estatutário; se houver suspeita quanto ao diretor-presidente, a área de *compliance* poderá se reportar diretamente ao Conselho de Administração (art. 9º, § 2º).

A nova lei de defesa da concorrência (Lei 12.529/2011), assim como a revogada Lei 8.884/94, não contempla expressamente os programas de conformidade. A extinta Secretaria de Direito Econômico chegou a editar norma específica a respeito, mas depois a revogou. É certo que o Guia de *Compliance* recentemente editado pelo CADE alude à possibilidade teórica de que um programa de *compliance* robusto possa ser considerado como evidência da boa-fé do infrator, o que poderia levar a uma redução da pena ou a uma redução da contribuição pecuniária, no caso de TCC. Mas o art. 45 da Lei da Concorrência, que trata da dosimetria das penas, não prevê expressamente os programas de conformidade, fazendo referência apenas à boa-fé, em caráter geral, o que torna improvável, na prática, que o agente público, atrelado à legalidade estrita, venha a conceder algum benefício ao infrator que demonstre ter ocorrido a infração a despeito da existência de sólido programa de conformidade. Não há portanto, sinalização clara na legislação que incentive o agente econômico a adotar programa de prevenção e detecção de ilícito concorrencial.

Shapiro e Marinho sustentam que o guia do CADE está alinhado “com as direções das políticas do DOJ e da Comissão Europeia, ao assumir o *enforcement* concorrencial pela autoridade pública como o primeiro e principal incentivo para a disseminação do *compliance*”, o que “encontra respaldo no aumento da intensidade das punições do CADE”. O guia seria, assim, um instrumento adicional para aumentar a observância da lei concorrencial pelos agentes econômicos. A cooperação entre o ente público e o privado é valorizada mas teme-se o risco de predação regulatória, “que pode resultar da concessão de benefícios diretos, na forma de descontos punitivos para empresas que detêm programas de *compliance*”. Se não houver avaliação cuidadosa da robustez do programa e houver redução excessiva da pena, pode-se configurar estímulo à criação de programas

---

códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”.

de fachada. Para evitar esse quadro, sugerem os autores a criação de parâmetros de avaliação integrados a um protocolo de monitoramento dos programas de *compliance* antitruste, de modo que a relação entre a defesa da concorrência e a autorregulação seja de mútuo reforço.<sup>24</sup>

## 6. Considerações finais

Os programas de *compliance* concorrencial são instrumentos de autorregulação que complementam as políticas públicas de defesa da concorrência, tornando-as mais efetivas e transparentes e contribuindo para reduzir a prática de ilícitos concorrenciais mediante a mudança de comportamento dos agentes econômicos, que se vêem obrigados a internalizar os custos de não-conformidade à lei.

O CADE, em linha com as autoridades da concorrência americanas e europeias, tem procurado estimular a adoção de programas de *compliance*, a despeito de não haver na lei de defesa da concorrência previsão específica de benefício, como a redução da pena, para as empresas que pretendam implementar tais programas. A edição de um guia de *compliance* pela autarquia foi um importante passo para a criação de critérios objetivos que permitam avaliar a consistência dos programas de conformidade concorrencial. Espera-se com isso reduzir o risco de predação regulatória, que consistiria na proliferação de programas de fachada, a criar desincentivo à observância da lei antitruste.

A lei anticorrupção e a lei de governança das empresas estatais aderiram entusiasticamente aos programas de conformidade como instrumentos centrais para atingir seus objetivos, em sintonia com o que se vê no mundo todo. Uma reforma da lei de defesa da concorrência para reconhecer e disciplinar adequadamente os programas de *compliance* concorrencial poderá contribuir para sua difusão segura e, conseqüentemente, para a maior efetividade da defesa da concorrência.

---

<sup>24</sup> V. Mario Shapiro e Sarah Marinho, cit., pp. 250-253.



## Breves Notas Sobre a Revisão Judicial da Regulação

Jean-Paul Veiga da Rocha  
Diogo R. Coutinho<sup>1</sup>

Um dos temas mais controversos no campo da regulação econômica, técnica e social é o alcance do controle ou revisão judicial dos atos dos órgãos reguladores.<sup>2</sup> Já se tornou lugar-comum afirmar que o advento do Estado Regulador, em todas as democracias ocidentais, subverteu definitivamente a visão liberal clássica do princípio da separação dos poderes. Os órgãos reguladores de todos os tipos e níveis e o banco central, para alguns importantes constitucionalistas, tornaram-se, em seu conjunto, um autêntico quarto poder.<sup>3</sup> Diante desse agigantamento da burocracia reguladora e da multiplicação policêntrica dos regulamentos administrativos, o Judiciário foi historicamente convocado a ampliar e sofisticar o controle sobre o que a doutrina jurídica clássica convencionou chamar de ato discricionário.

Não seria o caso de reproduzir, nestas breves notas, todo o debate doutrinário sobre discricionariedade. O que importa, do ponto de vista prático e analítico, é compreender que, diante de atos administrativo regulatórios, o Judiciário poderia adotar, de forma resumida, pelo menos quatro possíveis posturas.

A *primeira* delas, clássica, seria simplesmente negar de pronto a admissibilidade de ação judicial que questionasse a solução regulatória adotada pela autoridade administrativa: se a lei em questão concede à autoridade reguladora competência para tal medida, haveria, presume-se, discricionariedade administrativa para tanto. Seria uma situação de autocontenção extrema do juiz, que permitiria a atuação livre da administração.

<sup>1</sup> Professores da Faculdade de Direito da USP

<sup>2</sup> Este texto corresponde a uma versão modificada de um trecho – a Seção 6, pp. 276 e ss. – de um artigo de escopo mais amplo que publicamos na Revista de Direito Administrativo (RDA). Cf. COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean-Paul Veiga da. Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro: hipóteses de possibilidade — parâmetros jurídicos — a irretroatividade das normas no campo regulatório — formas e limites de atuação do Poder Judiciário. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 272, p. 253-281, nov. 2016.

<sup>3</sup> ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 113, p. 693, 2000.

A *segunda* possível postura, diametralmente oposta à primeira, seria o controle judicial profundo e abrangente do ato regulatório: o próprio juiz, substituindo o regulador, regularia, de acordo com critérios que ele elegeria como adequados. Seria uma hipótese de intenso ativismo judicial, ou de regulação judicial do setor.

Entre os dois extremos, duas situações intermediárias podem ser vislumbradas. Em um *terceiro* caso, o juiz poderia assumir o papel, por assim dizer, de *árbitro* no duelo entre *experts*: havendo conflito entre os pareceres econômicos ou laudos técnicos apresentados pelas distintas partes — regulador e regulado —, o juiz generalista escolheria o parecer ou laudo que lhe parecesse mais convincente, ou mesmo determinaria a realização de um terceiro parecer ou laudo, para depois definir nos autos o novo parâmetro técnico ou econômico a ser seguido.

Uma *quarta* possibilidade, também intermediária, seria de natureza procedimental. O juiz, nessa perspectiva, não tem a pretensão de substituir o regulador. Sua missão é garantir a legitimidade democrática da atuação regulatória. Em termos mais concretos, cabe ao Judiciário, ente outras tarefas, (i) verificar se o regulador foi fiel às finalidades e *standards* (parâmetros) da regulação estabelecidos na lei, o que inclui a estimativa do *impacto regulatório* da norma ou do ato regulatório produzido, (ii) checar se os procedimentos para a atuação regulatória foram respeitados — por exemplo, realização de consultas e audiências públicas com a devida publicidade perante os interessados e toda a sociedade civil; (iii) permitir o confronto dialético entre as justificativas técnicas e econômicas da atuação regulatória estatal e as opiniões profissionais de outras fontes, de modo a buscar o esclarecimento do estado da arte da ciência e da tecnologia que devem embasar a regulação; (iv) certificar-se de que a publicidade e a transparência permearam todo o processo administrativo que levou à decisão tomada, exceto nos casos específicos em que a lei expressamente determina o sigilo; (v) avaliar se, em seu conjunto, o resultado da ação regulatória atendeu a todas essas exigências, permitindo a caracterização do interesse público a partir da ampla e irrestrita participação de todos os interessados e de toda a sociedade civil. Sendo negativa a avaliação judicial, cabe ao juiz anular o ato administrativo, determinando que o regulador o refaça de maneira adequada.

Toda a história do controle judicial da regulação estatal na sociedade pós-liberal tem sido marcada pela alternância entre essas quatro concepções, em meio à consolidação, em países que adotaram a jurisdição una — como o Brasil —, do princípio constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constituição, art. 5o, XXXV).

Para o juízo positivo de admissibilidade da ação judicial que demande o controle judicial substancial, do conteúdo ou do mérito da medida regulatória, basta que seja descartada aquela primeira concepção: a que afasta, desde o início,

a revisão judicial, com base no argumento da discricionariedade administrativa, ou da discricionariedade técnica.

Mesmo os juristas mais apegados aos cânones clássicos não conseguem mais sustentar que a dicotomia discricionário/vinculado ainda seja adequada para resolver a questão da sindicabilidade dos atos regulatórios. O agigantamento da ação administrativa estatal no Estado Regulador e seu espraiamento por todas as dimensões da vida social tornaram praticamente obrigatória a ampla possibilidade de revisão judicial. Na tradição continental europeia, mais comum nos manuais de direito administrativo brasileiro, a evolução doutrinária deu-se no sentido de ampliar o exame judicial dos *motivos*, da *causa* e da *motivação* do ato administrativo.<sup>4</sup>

Essa evolução doutrinária decorre de um fato inegável: a ideia de um sentido, de uma intenção, ou ainda, de uma *finalidade* no direito é a expressão clara da tendência da evolução do direito administrativo. Essa tendência é o tema central, por exemplo, da obra de Jhering:

Tudo que encontramos no fundamento do direito deve sua origem a uma finalidade e existe para realizar alguma finalidade. O direito como um todo é simplesmente uma criação da finalidade [...]. É tarefa da ciência — tanto no que se refere à história da formação do direito quanto à formação da crosta terrestre — reconstruir os processos reais, por meio da ideia de finalidade. Para aqueles que não têm receio de investigar e refletir, é no campo do direito, como em nenhum outro, que a finalidade é prenhe de descobertas. Nisso consiste a mais importante tarefa da teoria da ciência do direito [...].<sup>5</sup>

Assim, a delegação de poderes para os órgãos administrativos reguladores alterou o esquema clássico da separação dos poderes não somente pelo impressionante deslocamento de competências para a burocracia reguladora, mas também pela correspondente ampliação do controle judicial do “poder regulador”, de modo a garantir sua legitimidade democrática, especialmente o respeito à finalidade da delegação efetuada.

Diante desse verdadeiro quarto poder, o Judiciário não pode se omitir, sob o pretexto de evitar a revisão do mérito do ato administrativo discricionário: “tanto nos atos vinculados quanto no exercício de discricionariedade a lei reclama que seja exata e precisamente atendida sua finalidade”.<sup>6</sup>

No caso concreto, seria o necessário indagar: qual a finalidade deste da medida regulatória questionada? Ele atende à teleologia do marco jurídico e

<sup>4</sup> Bandeira de Mello, Celso Antônio. Legalidade — discricionariedade — seus limites e controle. In: \_\_\_\_\_, *Grandes Temas de Direito Administrativo*, 2010.

<sup>5</sup> Jhering, Rudolf von. *Law as Means to an End*. Tradução de Husik Isaac. Boston: Boston Book Company, 1913. p. 330.

<sup>6</sup> Bandeira de Mello, “Legalidade — discricionariedade — seus limites e controle”, *op. cit.*, p. 77.

regulatório do setor de que se trata? Como foram definidos, por exemplo, o padrão (*standard*) regulatório ou a metodologia de cálculo objeto da judicialização? Qual seu impacto regulatório? Admitir que a resposta regulatória a essas e várias outras questões não pode ser desafiada no âmbito do Judiciário seria ignorar a dinâmica contemporânea do direito administrativo, menosprezando o papel do Judiciário não somente como guardião dos direitos constitucionais, mas também da efetividade das políticas públicas eleitas pelo legislador.

Ultrapassada a questão do juízo de admissibilidade, próximo passo é compreender sua profundidade. Entre as quatro concepções elencadas supra, aquela que melhor se coaduna com a configuração contemporânea da democracia e da separação dos poderes é a solução intermediária *procedimental*.

Há várias razões para essa visão ser adotada pela maioria das democracias avançadas e pela melhor doutrina contemporânea. Em síntese, a revisão judicial procedimental: (i) evita o risco do ativismo judicial patológico e disfuncional — um modelo em que o juiz substituísse o regulador trocaria a regulação sistemática de determinado setor econômico pela judicialização aleatória da política setorial, multiplicando a insegurança jurídica e ameaçando a consistência e o cumprimento da finalidade da regulação; (ii) evita o risco do desmonte de todo o aparato regulatório criado pelo legislador para tratar de determinada matéria; (iii) garante o amadurecimento do processo administrativo regulatório e sua própria legitimidade democrática, até mesmo pelo efeito pedagógico que pode exercer sobre o regulador, ao determinar que todos os aspectos procedimentais sejam cumpridos, de acordo com as melhores práticas internacionais, com o estado da arte da ciência e da tecnologia, com as exigências de publicidade e de transparência, além de garantir aos interessados e aos cidadãos em geral que sua voz seja ouvida em meio ao processo de tomada de decisão.

Nunca será demasiado insistir, em homenagem à clareza: a conclusão decorrente de todo o exposto até aqui não é, de forma alguma, que o juiz substitua o regulador na estipulação de parâmetros técnicos ou econômicos, mas que o juiz garanta a legitimidade democrática da atuação regulatória — que a decisão regulatória seja adequadamente justificada, consistente — insista-se — de acordo com o estado da arte científico e tecnológico, coerente com a finalidade regulatória, com a política pública setorial específica ou com determinado *standard* ou parâmetro definidos pelo legislador, transparente em seus fundamentos, e elaborada com a máxima publicidade e participação possíveis dos interessados e da sociedade civil em geral.

# Coordenação efetiva e sistematização: *Novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil*<sup>1</sup>

Carlos Ragazzo<sup>2,3</sup>

## 1. Introdução

Durante algum tempo, o debate sobre a regulação, no Brasil, esteve focado no desenho da diminuição do tamanho do Estado (i.e., do processo de desregulação) e no desenho institucional de agências reguladoras, de caráter autônomo, independente. O ritmo da desregulação, o grau de autonomia das agências e a legitimidade de suas decisões eram nuances que permeavam a literatura nacional. Entretanto, novas demandas de ordem econômica e social impuseram a necessidade de se desviar as discussões sobre desenho institucional e desregulação (deregulation) para outras mais preocupadas com a melhora do conteúdo/substância da regulação (better regulation)<sup>4</sup>. Sob o espectro econômico, era preciso regular melhor para, novamente, atrair investimentos estrangeiros e,

<sup>1</sup> Este artigo é uma versão resumida do original: RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. coordenação efetiva e sistematização: novas tendências da melhora da qualidade regulatória no Brasil. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 513-536, dez. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/304/271>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

<sup>2</sup> Professor Doutor da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - FGV DIREITO RIO. Membro Permanente do Mestrado em Direito da Regulação da FGV DIREITO RIO. Pós-Doutorando em Economia pela Universidade Federal Fluminense.

<sup>3</sup> O autor faz, aqui, um agradecimento à valorosa contribuição de Mateus Barreto para o desenvolvimento deste artigo. Os erros, naturalmente, ficam por conta do autor, ao passo que os acertos são com ele certamente compartilhados.

<sup>4</sup> Importante deixar claro que os temas da desregulação e melhora regulatória não são incompatíveis entre si. Pelo contrário, é possível que uma medida de melhora regulatória envolva, justamente, a desregulação, como, por exemplo, medidas relacionadas à gestão do estoque regulatório – tema que também serão mais bem tratadas ao longo deste artigo.

sob o espectro social, era preciso regular melhor para obtenção de resultados efetivos (GAETANI; KÉLVIA, 2009).

Nesse novo contexto, os custos e benefícios da regulação (mais especificamente, ideias relacionadas à realização de análises prévias do impacto das regulações) ganham a atenção da literatura especializada mais atual, já que tal relação seria fundamental para impulsionar o fenômeno do incremento da qualidade regulatória e, conseqüentemente, para fazer frente à cíclica demanda por investimentos e às demandas sociais.

Atualmente, as discussões sobre os custos/benefícios das regulações e, conseqüentemente, sobre melhora regulatória, persistem e, inclusive, ganharam, recentemente, contornos especiais. Nesse aspecto, principalmente, (i) a tramitação do Projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras, que incorpora e uniformiza a necessidade de utilização de determinadas ferramentas de melhora regulatória; (ii) a criação, pelo Governo Federal, em novembro de 2017, de uma Política de Governança Pública Federal, que cria um órgão responsável por coordenar as ações voltadas à melhoria regulatória, bem como que tem essa ideia como uma de suas vertentes principais, (iii) o lançamento, em meados deste ano, pelo Governo Federal, das “Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido Para Análise De Impacto Regulatório” e do “Guia Orientativo Para Elaboração De Análise De Impacto Regulatório” e (iv) a articulação original dessas ações pela Casa Civil da Presidência da República, são movimentos que parecem sugerir a inauguração de duas tendências associadas ao fenômeno da melhora regulatória no Brasil: as vertentes de coordenação efetiva (pela Casa Civil) e sistematização (por meio da edição de normas e de softlaw) das melhores práticas regulatórias para fortalecimento da qualidade do sistema de regulação brasileiro.

Em função do exposto, este artigo argumenta que, de fato, tais fenômenos surgiram e que eles inauguram uma nova fase do debate de melhora regulatória no Brasil. Para elaborar tal argumentação, este texto foi estruturado em quatro partes. Na primeira parte, serão expostas as origens da preocupação nacional com o incremento da qualidade da regulação. Na segunda, serão expostas algumas práticas isoladas de entidades nacionais (principalmente das agências reguladoras federais) voltadas para o incremento da qualidade de suas regulações. Na terceira, serão analisadas evidências de que tais práticas isoladas começam a ser sistematizadas em normas vinculantes e guias orientativos, bem como que tal organização é, fundamentalmente, articulada pela Casa Civil da Presidência da República. Nesse ponto, conforme já adiantado, se evidencia o surgimento das tendências de sistematização e coordenação efetiva das melhores práticas regulatórias, tendo como uma de suas tônicas principais a cíclica necessidade de captação de investimento estrangeiro. Por fim, se concluirá que tais movimentos ainda se encontram em estágio embrionário e que contam com futuros desafios de incorporação ao sistema regulatório nacional.

## 2. Origens do debate sobre qualidade regulatória no Brasil

A preocupação com a melhora da qualidade das regulações, no Brasil, é uma ideia que, na realidade, surge de fora para dentro. Enquanto, na década de 1980 a literatura nacional se debruçava sobre a necessidade de realização de uma reforma do estado brasileiro, nessa mesma época, a comunidade internacional já se ocupava com a análise de possíveis ferramentas capazes de incrementar a qualidade regulatória dos países (PARKER, 2015, p. 60; OCDE, 2008c). Sob a premissa fundamental de que uma regulação ineficaz e ineficiente pode gerar altos custos desnecessários à iniciativa privada e à sociedade de uma maneira geral, a discussão estrangeira sobre melhora regulatória acabou por se concentrar, principalmente, na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) – fórum internacional que assumiu papel central na edição de recomendações e diretrizes sobre política regulatória.

Nesse aspecto, já em 1995, a OCDE tratou de editar a “Recomendação sobre a Melhoria da Qualidade da Regulação Governamental”, que aspirava ser a primeira consolidação internacional de padrões de qualidade regulatória (OCDE, 1995) e que continha uma lista de medidas para a tomada de decisão regulatória (SOUSA, 2012, p. 105). A partir de então, diversos outros documentos foram editados pela organização, no sentido de conscientizar os governos acerca da importância da adoção de medidas (principalmente da análise de impacto regulatório) que visassem ao incremento da qualidade das regulações.

No contexto nacional, com a evolução e certa maturação das discussões acerca do desenho das entidades reguladoras, o debate sobre melhoria regulatória ganhou centralidade e claros contornos com a criação, em 2007, do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação (“PRO-REG”). Inspirado nas orientações estampadas nos documentos estrangeiros relatados acima, o PRO-REG, criado pelo Decreto nº .062/2007, foi resultado de uma parceria com Banco Interamericano do Desenvolvimento (“BID”) e tinha como tônica a melhoria da qualidade regulatória no âmbito federal, por meio, principalmente do fortalecimento: do sistema regulatório, da coordenação das entidades reguladoras, dos mecanismos de legitimidade e de participação social e da qualidade das regulações em si (BRASIL, 2013). Para consecução de tais objetivos, foram designados comitês responsáveis pela condução dos objetivos do projeto<sup>5</sup>, sendo que a Casa Civil, em razão de suas

---

<sup>5</sup> Foi criado um Comitê Gestor, composto pelo Ministério do Planejamento, pela Casa Civil da Presidência da República e pelo Ministério da Fazenda e um Comitê Consultivo, composto por representantes das agências reguladoras federais e dos Ministérios aos quais estão vinculadas, do Ministério da Justiça e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

funções institucionais precípua, acabou liderando grande parte das ações relacionadas ao programa (SANTOS, 2009, p. 117). Durante a sua vigência<sup>6</sup>, o PRO-REG resultou na elaboração de estudos ligados à regulação, na parceria com diversas entidades (nacionais e internacionais) voltadas para as discussões de incremento da qualidade regulatória e na realização de diversos cursos de capacitação de servidores em melhora regulatória.

Fruto de um movimento internacional, o PRO-REG acabou por, internamente, estimular e colocar em voga toda uma literatura voltada para a discussão das melhores medidas capazes de incrementar qualitativamente as regulações. Nesse campo, há que se dar destaque à Análise de Impacto Regulatório (AIR), instrumento de avaliação empírica e ex ante dos custos e benefícios de uma regulação, que há muito já vinha sendo utilizado, isoladamente, por alguns países, mas que, apenas a partir do movimento internacional concentrado na OCDE, parece ter sido recepcionado como ferramenta fundamental para se melhorar a qualidade das regulamentações (SALGADO; HOLPERIN, 2010).

### 3. Experiências nacionais voltadas para o incremento da qualidade regulatória

Após a inauguração da preocupação nacional com a melhora regulatória (a partir da criação do PRO-REG), uma série de iniciativas conduzidas, isoladamente, pelas agências reguladoras federais e voltadas para a melhora da qualidade de suas regulações começam a surgir. Além de experiências com AIRs (instrumento que se tornou principal na literatura), as agências também passam a se utilizar de outras ferramentas também tidas como motores do incremento da qualidade regulatória. São elas, conforme Kélvia Albuquerque (2018): a implementação de canais de participação social (e.g., realização de Consultas/Audiências Públicas, além da criação de Ouvidorias), a publicação de Agendas Regulatórias, a elaboração de Gestão de Estoque Regulatório e a realização de Avaliações de Resultado Regulatório (ARRs).

No que se refere aos mecanismos de participação pública, isto é, formas pelas quais a sociedade consegue participar do processo de tomada de decisão regulatória e fiscalizar a qualidade da atividade regulatória, a literatura já destacou também não haver uma regularidade quanto à presença deles nas leis de criação e decretos regulamentadores das agências reguladoras federais (JÚNIOR, 2013,

---

<sup>6</sup> Conforme expõe Santos (2009, p. 117), o PRO-REG, embora criado em 2007, teve sua execução iniciada efetivamente em 2008. Conforme publicação da Casa Civil da Presidência da República (Histórico do PRO-REG), de 2008 a maio de 2013, o PROREG teria sido executado em parceria com o BID; a partir de maio de 2013, ele fora executado apenas com recursos do Orçamento Federal e, atualmente, não contaria com orçamento específico em âmbito federal.



p. 303–325). Não obstante, atualmente, todas elas consagram ao menos alguma das formas de participação social na tomada de decisão e fiscalização regulatória, bem como já contam com processos de realização de consultas públicas e audiências públicas bem estruturados (BRASIL, 2018b).

Em relação à elaboração e publicação de Agendas Regulatórias, é válido ressaltar que se trata de documento, geralmente bianual, que contém os compromissos regulatórios assumidos pelo órgão regulador frente aos regulados. Trata-se de instrumento que possibilita o acompanhamento social das ações das agências reguladoras, bem como que confere maior publicidade, previsibilidade, transparência e eficiência para o processo regulatório<sup>7</sup>. À semelhança das outras ferramentas de melhoria regulatória, também não há homogeneidade quanto à adoção e Agendas Regulatórias pelas agências reguladoras federais. Note-se como não há regularidade quanto aos anos de início de elaboração do referido instituto:

Figura 01 – Ano de início de elaboração da Agendas Regulatórias pelas Agências Federais



Fonte: Sítio eletrônico das agências reguladoras federais

Por último, quanto à Gestão de Estoque Regulatório e à ARR, importa ressaltar que são instrumentos de análise posterior à edição dos atos normativos. A Gestão (exame periódico dos atos normativos publicados para averiguar a pertinência de sua manutenção, ou necessidade alteração, atualização e revogação) e a ARR (avaliação do desempenho do ato normativo quanto ao efetivo alcance dos objetivos originais) garantem que as regulações permaneçam atualizadas, eficientes e consistentes com objetivos regulatórios pretendidos primordialmente.

Portanto, em resumo, é possível se concluir que não houve uniformidade, entre as agências reguladoras federais, quanto às suas experiências com instrumentos de melhoria regulatória (AIR, canais de comunicação, Agendas Regulatórias, Gestão de Estoque Regulatório e ARR). Pelo exposto, ao menos até o ano de 2016 e meados do ano 2017, grande parte das experiências das agências eram

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/setorregulado/agenda-regulatoria>>. Acesso em: 13/10/2018.

isoladas e não havia um esforço efetivo de sistematização/uniformização delas coordenado por uma autoridade específica.

#### 4. Tendências atuais relacionadas à melhora da qualidade regulatória no Brasil

De acordo com o apresentado até o momento, o movimento original de melhora da qualidade regulatória no Brasil (1ª onda) evoluiu no sentido da adoção de práticas heterogêneas por parte das principais entidades reguladoras setoriais (2ª onda). Não obstante, a realidade evidencia que tal evolução não parece ter sido suficiente para fazer frente a um dos principais objetivos associados à ideia de *better regulation* e de regulação em si: estimular o aumento do investimento privado, principalmente, em projetos de infraestrutura.

Nesse aspecto, relatório econômico publicado pela OCDE (2018) sobre o Brasil destaca que o investimento geral no país ainda é baixo quando comparado à média daqueles realizados por outros países membros da organização. Inevitavelmente, essa realidade demandaria uma resposta das entidades envolvidas de alguma forma com o sistema regulatório brasileiro. Afinal, se o sistema falhou em seu objetivo precípua, um novo ciclo teria de ser inaugurado, justamente, com a finalidade de, novamente, estimular o investimento privado (principalmente estrangeiro) para financiamento de projetos nacionais estruturais.

Tal novo ciclo, além da falta de uniformidade das experiências das agências reguladoras federais com instrumentos de melhora regulatória (conforme exposto mais acima), também deveria ser capaz de lidar com a ausência de uma liderança institucional responsável por comandar de forma organizada todas as iniciativas isoladas das agências. Muito embora reconheça-se que a Casa Civil da Presidência da República viesse assumindo papel de agente coordenador do sistema regulatório nacional, quando do início (em 2003) das discussões sobre arranjo institucional das agências<sup>8</sup>, fato é que, na prática, tal coordenação não resultou na adoção sistemática e uniforme das ferramentas de melhora regulatória por parte dos principais atores da regulação nacional.

Diante de todo esse quadro, argumenta-se que a resposta para essas deficiências apontadas foi, justamente, a inauguração de um movimento de sistematização e de efetiva coordenação das melhoras práticas em regulação. Uma

---

<sup>8</sup> Em 2003, a Casa Civil da Presidência da República coordenou o Grupo de Trabalho Interministerial, que foi instituído para levar a cabo as discussões sobre arranjo institucional das agências reguladoras. Em 2004, tais discussões resultaram na proposição, pelo Poder Executivo, do Projeto de Lei nº 3.337/04, que almejava, principalmente, consolidar o formato institucional das agências. Ressalte-se que o referido projeto foi retirado de tramitação, em 2013, pela ex-presidente Dilma Rousseff. Nesse sentido, vide Santos (2009).

série de evidências a serem exploradas, abaixo, sugerem o surgimento desse novo ciclo no debate sobre melhora regulatória no Brasil.

Preliminarmente, é possível se dizer que o fenômeno da sistematização tem tímido início, em 2013, quando algumas das ferramentas de melhora regulatória passaram a ser explicitamente incorporadas no Projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras. O projeto de iniciativa parlamentar, que começou a tramitar no Senado em 2013 (PLS 52/2013) e que, atualmente, tramita na Câmara dos Deputados (PL 6621/2016), prevê, por exemplo, a obrigatoriedade de realização de AIR para edição de determinados atos normativos das agências reguladoras federais, a obrigatoriedade de elaboração de Agenda Regulatória e a obrigatoriedade de criação da figura do ouvidor<sup>9</sup>. No mesmo sentido, pode-se dizer que a tramitação do referido projeto também é uma evidência do surgimento do ciclo de coordenação efetiva das melhores práticas em regulação, uma vez que o acompanhamento da tramitação dele é definido como prioridade, em 2018, para a Casa Civil da Presidência da República (ALBUQUERQUE, 2018).

Na realidade, esses novos processos parecem ter tido início com a criação, em novembro de 2017, pelo Governo Federal, da Política de Governança Pública Federal (Decreto nº 9.203/2017) no âmbito da administração executiva federal. Dentre outras disposições, essa política cria, principalmente, o Comitê Interministerial de Governança – a ser coordenado pela Casa Civil e responsável pela condução da política de governança e de suas vertentes (dentre elas, a melhoria da qualidade regulatória). Nesse ponto, nota-se que o Governo fora cirúrgico em relação à falta de uma liderança institucional forte para coordenação do sistema regulatório nacional: criou um órgão específico responsável por conduzir iniciativas de melhora regulatória, bem como atrelou sua coordenação à Casa Civil (que já possuía certa experiência nesse sentido).

Destaca-se, então, mais uma evidência do nascimento do fenômeno da coordenação efetiva, nos termos do defendido por este artigo. Além disso, já como resultado da criação da Política de Governança Federal, o Comitê Interministerial de Governança (sob coordenação da Casa Civil), aprovou, em junho deste ano, as Diretrizes Gerais e Roteiro Analítico Sugerido Para Análise De Impacto Regulatório e o Guia Orientativo Para Elaboração De Análise De Impacto Regulatório. Esse movimento mostra clara preocupação do Governo em começar a lidar com a questão da falta de uniformidade da adoção, entre as agências reguladoras federais, dos instrumentos de melhora regulatória. Isso porque tais documentos, que foram frutos de rodadas de discussões coordenadas pela Casa Civil da Presidência da República, objetivam, justamente, sistemati-

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, vide os artigos 6º, 21 e 24 do PL 6621/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2120019>>. Acesso em: 14/10/2018.

zar, no âmbito das agências, a utilização da AIR como ferramenta de melhora regulatória (BRASIL, 2018d).

Por fim, ainda na seara da tendência de sistematização da utilização de ferramentas de melhora regulatória, o documento Gestão do Estoque Regulatório: Iniciativas das Agências Reguladoras Federais publicado em maio de 2018 pela Casa Civil também mostra esforço nesse sentido (BRASIL, 2018c). Isso porque a referida publicação contempla uma análise da utilização do instrumento de Gestão de Estoque Regulatório em todas as agências reguladoras federais – uma clara tentativa, coordenada pela Casa Civil, de obter um panorama da utilização do instituto para, possivelmente, a edição de um próximo guia sobre o tema. Novamente, tem-se nova evidência das tendências de coordenação efetiva e de sistematização. Assim, é possível se concluir que, principalmente, a partir do final do ano de 2017 e ao longo do ano de 2018, diversos acontecimentos (analisados acima) sugerem o surgimento de duas novas tendências relacionadas ao debate sobre melhora da qualidade regulatória no Brasil: as tendências de coordenação efetiva (pela Casa Civil) e sistematização (por meio da edição de normas e de guias) das melhores práticas regulatórias para fortalecimento do sistema de regulação nacional. Como se pode notar também, o nascimento desses fenômenos teve como uma de suas tônicas principais a ainda atual necessidade de captação de investimentos para fazer frente à necessidade de aporte de recursos, principalmente na área de infraestrutura.

## 5. Conclusões

De um lado, ressalta-se que as tendências de sistematização e coordenação efetiva são fenômenos datados, principalmente, no ano de 2017. Nesse sentido, é notória a incipiência dos fenômenos, que, inevitavelmente, faz levantar desafios quanto à sua eficácia pragmática no médio e longo prazo. Como exemplo, é possível se indagar: será que as Diretrizes e o Guia de AIR serão, efetivamente, incorporados por todas as agências reguladoras federais? Quanto tempo essa incorporação pode levar? Até então, há somente adesão explícita aos referidos documentos por parte da ANATEL, que, recentemente, editou manual de boas práticas regulatórias prevendo a realização de AIR, nos termos do Guia publicado pela Casa Civil (BRASIL, 2018a, p. 11).

De outro lado, como é possível de se notar da exposição feita na seção acima, ressalta-se que as tendências de sistematização e coordenação efetiva são fenômenos ocorridos, exclusivamente, na esfera federal e no âmbito do poder executivo. Dessa constatação surgem, de plano, as seguintes perguntas: essas tendências se espalharão para as outras esferas da federação (estados e municípios)? E para o poder Legislativo? Essas indagações refletem desafios associados à possibilidade de replicação desses fenômenos em âmbitos distintos, mas que

contemplam atores que também fazem parte do sistema regulatório nacional. Nesse caso, assim como o Governo Federal, os Governos estaduais e municipais também são reguladores e, assim como o Poder Executivo, o Poder Legislativo, por função precípua, também regula.

Em consonância com o exposto ao longo deste artigo, como a demanda por investimentos é cíclica, certamente os novos ciclos relacionados à melhora regulatória terão de acontecer e o enfrentamento das questões expostas nesta conclusão podem ser bons indícios de quais serão as próximas ondas associadas à necessidade do incremento progressivo da qualidade das regulações no Brasil.

## Referências

ALBUQUERQUE, Kélvia. Análise de Impacto Regulatório no Brasil. Apresentação na 95ª Reunião da Câmara de Saúde Suplementar. Casa Civil. 2018. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Interacoes\\_com\\_ANS/Apresentacao\\_CSS/95\\_apresentacao\\_air\\_brasil.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Interacoes_com_ANS/Apresentacao_CSS/95_apresentacao_air_brasil.pdf)>. Acesso em: 01 de out. de 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Manual de Boas Práticas Regulatórias. 2018 (2018a). Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/boas-praticasregulatorias/manual-de-boas-praticas-regulatorias/manualbpranatel.pdf>>. Acesso em: 14 de out. de 2018.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Histórico do PRO-REG. Publicado em 14/10/2013 (2013). Disponível em: <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/sistema-regulatoriobrasileiro/historico-do-pro-reg/historico-do-pro-reg-pagina>>. Acesso em: 01 de out. de 2018.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Gestão do Estoque Regulatório Iniciativas das Agências Reguladoras Federais. 2018 (2018c). Disponível em: <[http://www.casacivil.gov.br/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/gestao\\_estoque-regulatorio/gestaoestoqueregulatorio-iniciativas-agenciasreguladorasfederais.pdf](http://www.casacivil.gov.br/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/acesse-aqui/gestao_estoque-regulatorio/gestaoestoqueregulatorio-iniciativas-agenciasreguladorasfederais.pdf)>. Acesso em: 10 de out. 2018.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. Brasília: Presidência da República, 2018 (2018d).

GAETANI, Francisco; Albuquerque, KÉLVIA. Análise de impacto regulatório e melhoria regulatória. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise de Impacto Regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.

JÚNIOR, Antonio Eduardo de Albuquerque. As Agências Reguladoras Federais e os Canais de Controle e Participação da Sociedade. Revista Gestão E Sociedade, v. 7, n. 18, p. 303-325, 2013.

OCDE. OECD Reviews of Regulatory Reform Brazil Strengthening Governance for Growth. Paris, 2008 (2008c).

OCDE. Recommendation of the Council of the OECD on Improving the Quality of Government Regulation. Paris, 1995.

OCDE. Relatórios Econômicos OCDE - BRASIL 2018. Construindo um Brasil mais próspero e mais produtivo. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.oecd.org/eco/surveys/Construindo-um-Brasil-mais-prospero-e-mais-produtivo-OCDE-relatorios-economicos-2018.pdf>. Acesso em: 14 de out. de 2018.

PARKER, David. Formulação de Políticas Baseada em Evidências. In SALGADO, Lucia Helena; FIUSA, Eduardo P.S. Marcos regulatórios no Brasil: aperfeiçoando a qualidade regulatória. Rio de Janeiro: Ipea, 2015.

SALGADO, Lucia Helena; HOLPERIN, Michelle Moretzsohn. Análise de impacto-ferramenta e processo de aperfeiçoamento da regulação. Radar n. 8, Ipea, 2010.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Desafios da governança regulatória no Brasil. In PROENÇA, Jadir Dias; VIEIRA DA COSTA, Patrícia; MONTAGNER, Paula. Desafios da regulação no Brasil. Brasil: ENAP, 2009.

SANTOS, Luiz Alberto dos. Desafios da governança regulatória no Brasil. In RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Regulação e Agências Reguladoras Governança e Análise de Impacto Regulatório. Brasília: Anvisa, 2009.

SOUSA, Renan Martins de. A Análise de Impacto Regulatório (AIR) e o papel do Tribunal de Contas da União na avaliação da regulação setorial. Revista do TCU, v. 123, 2012.

Desafios do comércio  
eletrônico no Brasil:  
*integração vertical entre fornecedores  
e meios de pagamentos, proteção de  
dados pessoais e cooperação regulatória  
internacional*<sup>1</sup>

Alexandre Veronese<sup>2</sup>

Marcelo Cunha<sup>3</sup>

A movimentação por meio de sistemas de pagamento eletrônico é um importante motor das relações de comércio entre os cidadãos e as empresas no mundo contemporâneo<sup>4</sup>. A Internet tem possibilitado o funcionamento

---

<sup>1</sup> Trabalho produzido e apresentado do Seminário Internacional “A Efetividade do Direito em face do Poder dos Gigantes da Internet”, organizado pela Universidade de Brasília (UnB), Universidade Federal Fluminense (UFF), Université Paris Descartes (Paris Cité), Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne e Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (Paris Saclay), entre 13 e 15 de abril de 2016. Os autores agradecem especialmente ao Professor Dominique Legeais, da Université Paris Descartes, pelo debate, que foi incorporado nessa versão final. Os autores agradecem à Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAPDF), à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e à Embaixada da França no Brasil pelo apoio financeiro ofertado ao evento e aos esforços de cooperação científico, que frutificam, também, no presente artigo. O presente texto é uma republicação; ele apareceu inicialmente na UNIO European Union Law Journal, do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU), da Universidade do Minho (Portugal): <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt>.

<sup>2</sup> Professor Adjunto de Teoria Social e do Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília (UnB), Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP), da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Coordenador do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações, da UnB (GETEL UnB), Pesquisador Visitante e Associado do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU), da Universidade do Minho (Portugal). ORCID: 0000-0002-2287-1005

<sup>3</sup> Auditor do Tribunal de Contas da União, Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Pesquisador do GETEL UnB. ORCID: 0000-0001-9631-8256

<sup>4</sup> Eric Brousseau, “*Commerce électronique: ce que disent les chiffres et ce qu'il faudrait savoir*”, *Economie et statistique* 339-340 (2000): 147-70.

do comércio eletrônico em várias formas. Assim, pode haver desde grandes lojas eletrônicas de varejo – Amazon, por exemplo –, até pequenos fornecedores, reunidos em sistemas coletivos – ETSY, por exemplo. Todavia, a quase exclusividade dos pagamentos dessas relações comerciais se dá por meio de sistemas interbancários e, em especial, pela via de cartão de crédito. É certo que apareceram, ainda, novos parceiros eletrônicos, como o sistema Paypal no exterior e o sistema Pag-seguro UOL, no Brasil, ainda baseados em cartões de crédito. Mais recentemente, tem ganhado força o movimento de utilização de moedas eletrônicas, como o Bitcoin<sup>5</sup> <sup>6</sup>. O problema central do presente artigo se dirige à compreensão do marco jurídico aplicável ao comércio eletrônico em face da integração dos sistemas de compra e venda com os meios de pagamento. Para discutir o marco jurídico brasileiro, será necessário tratar da questão da segurança dos dados bancários e da proteção dos dados pessoais. O tema é de especial relevo ao se pensar no risco colocado aos usuários pela possível integração dos fornecedores no comércio pela Internet com os sistemas de pagamento. O tema dos riscos e das relações comerciais é indissociável do debate sobre os contratos, como é debatido nos fóruns internacionais que se dedicam a formação de um padrão jurídico transnacional que possa ser aplicado sem sobressaltos às trocas. Assim, o desenvolvimento tecnológico permitiu que a formação de acordos ocorresse cada vez mais de forma remota e, de forma incremental, sem a intervenção direta dos interessados, como expõem Deffains e Jane K. Winn. Os autores explicam que, nos anos 80 do século XX, os sistemas de troca começaram a funcionar em tempo real e “foi possível pela primeira vez formar contratos apenas com comunicações entre máquinas”<sup>7</sup>. O problema se tornou evidente, uma vez que o avanço tecnológico não veio acompanhado, inicialmente, de uma preocupação regulatória, a qual somente se tornou evidente na década seguinte – 90 – e frutificou nas primeiras tendências de formar projetos de lei modelo como aquela criada pela UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) para o comércio eletrônico. Após este período inicial, as questões começaram a se espalhar para a conjugação de uma discussão que misturava a resolução dos problemas de segurança jurídica – focalizada no debate acerca dos contratos eletrônicos – e de segurança técnica, relacionada com criptografia e sistemas de informação. O atual panorama internacional pode ser descrito pela radicalização

<sup>5</sup> Jonathan B. Turpin, “*Bitcoin: the economic case for a global, virtual currency operating in an unexplored legal framework*”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 21 (2014): 355-68.

<sup>6</sup> Reuben Grinberg, “*Bitcoin: an innovative alternative digital currency*”, *Hastings Science & Technology Law Journal* 4 (2012): 159-208.

<sup>7</sup> Bruno Deffains and Jane K. Winn, “The effect of electronic commerce technologies on business contracting behaviors”, in *Governance, regulations and powers on the Internet*, ed. Eric Brousseau et al. (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 345.



de dois cenários. O primeiro é o incremento veloz na formação de cadeias de fornecedores, cujo funcionamento é totalmente eletrônico. Tal cenário possui enorme impacto na expansão das relações comerciais eletrônicas B2B (*business to business*). O segundo cenário é a expansão do comércio eletrônico direto entre pequenos fornecedores, todavia mediado por grandes empresas, havendo grande concentração. Ele poderia ser visto como um comércio C2C (*consumer to consumer*). Não obstante, a dependência dos consumidores de plataformas de intermediação descaracteriza a otimista visão de um potencial comércio de baixo para baixo (horizontal). No centro destes processos de concentração está a integração vertical dos meios eletrônicos de pagamento com as ferramentas de comércio. A integração vertical possui algumas vantagens, em termos de custos, de segurança e de confiabilidade, relacionadas com o aumento da escala e o potencial de investimento da grande firma. Deste modo, uma plataforma que realize mais transações, em princípio, poderia investir mais em sistemas de segurança, em razão da sua maior margem de lucro. Também, uma grande empresa de intermediação poderia oferecer preços menores aos seus usuários, uma vez que a escala potencialmente baixaria os seus custos. Logo, haveria benefícios potenciais que a integração vertical poderia trazer diretamente aos fornecedores e indiretamente aos usuários. No campo dos benefícios às empresas, elas poderiam diminuir os seus custos operacionais, uma vez que desembolsariam menos recursos para pagar pelos serviços dos intermediários, como os operadores de cartões de crédito e sítios eletrônicos de compra. No caso dos usuários, eles poderiam fruir de benefícios indiretos, seja pelo aumento na velocidade das transações, seja pela minoração dos custos e dos seus riscos.

Todavia, não existem potenciais vantagens sem riscos. O primeiro conjunto de riscos é diretamente impingido aos usuários e reside no risco do vazamento de dados pessoais e bancários. Neste artigo serão tratados dois casos internacionais de vazamento em larga escala, que evidenciam o risco do depósito de dados pessoais e bancários em sistemas de armazenagem de fornecedores de serviços e de produtos. Em caso de vazamento, cometido por fraude contra a empresa, o usuário é prejudicado e a sua reparação tem se mostrado muito problemática, já que é muito difícil comprovar a culpa da empresa que, afinal de contas, também é prejudicada pela ação dos fraudadores. O segundo conjunto de riscos é indiretamente atribuído aos usuários e está configurado na ameaça colocada pelo potencial uso indevido dos seus dados bancários e pessoais pelos fornecedores ou intermediários. As informações bancárias – em conjunto com as compras realizadas – podem servir como elemento a ser utilizado pelas empresas para majorar os seus lucros, em operações de marketing dirigido, por exemplo. O terceiro e último conjunto de riscos é imposto à sociedade como um todo e se refere à ameaça que os novos sistemas de compras integradas podem oferecer aos sistemas bancários nacionais e ao direito da concorrência.

Para apreciar esses três conjuntos de riscos, na primeira parte deste trabalho serão analisados a questão criptográfica e o tema da privacidade na Internet, para demonstrar a enorme dificuldade tecnológica e jurídica envolvida no processo de produzir segurança e garantias nas relações sociais e econômicas por meio de redes de comunicações que trabalham com protocolos abertos e com interconexão ampla. A conclusão parcial da primeira parte reside no fato de que a confiança social é um ponto central para o bom funcionamento das relações comerciais e que o assunto precisa de mais atenção jurídica.

Na segunda parte, serão analisados dois casos internacionais de vazamento de dados bancários, bem como será realizada um paralelo especulativo com a nova conjuntura do tema da privacidade e da criptografia na Internet após o caso Snowden<sup>8</sup>. A última parte do trabalho focaliza o direito brasileiro, com destaque para a legislação vigente e da sua aplicabilidade em situações de vazamento de dados pessoais e bancários. A análise do direito brasileiro é perpassada por dois pontos. O primeiro se relaciona com os limites da jurisdição nacional para atingir padrões de proteção contra fraudes e contra danos havidos em relações comerciais no mercado global. É indicada a insuficiência do atual marco legal, em especial se comparado com o modelo europeu, baseado na Diretiva 2000/31/CE (comércio eletrônico) e na Diretiva 95/46/CE (proteção de dados pessoais), essa última substituída pelo atual Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (Regulamento 2016/679/UE). O segundo e último tema da conclusão aprecia a possibilidade de cooperação jurisdicional como um modo de efetivar direitos dos cidadãos de outros países e como uma possibilidade regulatória a ser buscada.

## 1. Privacidade, criptografia e a confiança social

O tema da privacidade dos dados cadastrais e da retenção das informações bancários e de crédito nas compras eletrônicas é central para o desenvolvimento do comércio eletrônico contemporâneo. Esse tema se relaciona diretamente com a criptografia e os seus usos nas trocas comerciais por meio da Internet. É evidente que os sistemas criptográficos estão no centro do debate sobre segurança nas trocas de informação e, portanto, no coração do problema da confiança social, especialmente após a ocorrência do caso Snowden<sup>9</sup>. Na presente seção, iremos tratar inicialmente da evolução dos sistemas de trocas comerciais

---

<sup>8</sup> Bernard Benhamou, “La gouvernance de l’internet après Snowden”, *Revue Politique Étrangère* 79 (2014): 14-30.

<sup>9</sup> Regina Connolly, “Trust in commercial and personal transactions in the digital age” in *The Oxford handbook of Internet studies*, ed., William H. Dutton (Oxford: Oxford University Press, 2014): 262-82.

em geral, para demonstrar que o comércio moderno sempre se baseou em intermediários para poder se realizar. Após essa descrição, chegaremos ao ponto atual, no qual será possível compreender a dificuldade para o estabelecimento de um modo de distribuição de confiança nos novos sistemas eletrônicos de comércio. A questão havia sido considerada como parcialmente resolvida com o uso da criptografia avançada<sup>10 11</sup>. Contudo, o caso Snowden colocou uma nova agenda de perguntas, em razão da possibilidade de coleta e análise maciça de dados por terceiros, que potencializa o receio das conhecidas práticas de fraude e de violação potenciais na Internet<sup>12</sup>.

Os sistemas bancários nacionais e internacionais possuem regramentos próprios em relação à segurança das transações havidas entre eles e seus clientes, bem como entre os seus sistemas de compensação e de remessas. No caso das transações bancárias, é fácil notar que diversos sistemas bancários nacionais têm investido em criptografia para viabilizar o aumento de confiança nas transações realizadas por clientes, como bem indica a narrativa de autores canadenses<sup>13</sup>. Os autores mencionavam em 2007 que havia a necessidade de maior regulação jurídica dos sistemas de comércio do Québec para dotar os consumidores de segurança em relação aos bancos locais. Em especial, eles indicavam a fragilidade dos sistemas jurídicos das províncias canadenses em relação aos sistemas internacionais para outorgar mais segurança aos usuários bancários locais de modo a majorar o sentimento de confiança. No cerne, a preocupação deles estava dirigida ao diagnóstico de que o setor bancário canadense estaria pouco interessado em favorecer tal desenvolvimento. Para cotejar sua hipótese, os autores frisavam que os sistemas internacionais de compensação – BIC/SWIFT –, o qual funciona como um cadastro mundial de bancos e de relações bancárias<sup>14 15</sup>, estavam se utilizando de métodos de criptografia de chaves públicas com bastante sucesso e que tal sistema deveria ser utilizado no Canadá de forma generalizada. No caso brasileiro, a solução se deu pelo mesmo caminho técnico. A infraestrutura de chaves públicas (ICP-Brasil), mantida pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), se mostra um ferramenta adequada ao uso do

---

<sup>10</sup> Ramnath K. Chellappa and Paul A. Pavlou, “Perceived information security, financial liability and consumer trust in electronic commerce transactions”, *Logistics Information Management* 15 (2002): 358-68.

<sup>11</sup> Pauline Ratnasingham, “The importance of trust in electronic commerce”, *Internet Research* 8 (1998): 313-21.

<sup>12</sup> Markus Jakobsson, ed., *The death of the Internet* (New Jersey: John Wiley & Sons, 2012).

<sup>13</sup> Marc Lacoursière and Édith Vézina, “La sécurité des opérations bancaires par Internet”, *Revue Juridique Thémis* 41 (2007): 89-156.

<sup>14</sup> Susan V. Scott and Markos Zachariadis, *The Society for Worldwide Interbank Telecommunication (SWIFT): cooperative governance for network innovation, standards and community* (London: Routledge, 2014).

<sup>15</sup> Susan V. Scott and Markos Zachariadis, “Origins and development of SWIFT, 1973-2009”, *Business History* 54 (2012): 462-82.

setor bancário brasileiro, que tem investido muitos recursos ao longo de anos em informatização dos seus sistemas de comunicação<sup>16</sup>. Todavia, se a exposição do artigo continuasse em direção aos sistemas bancários, estaria sendo realizado um desvio do tema original, pois o foco do presente texto não é propriamente analisar a atuação dos sistemas bancários e dos demais operadores financeiros em suas funções usuais. O ponto central do presente trabalho é apreciar como há risco de que os dados bancários – e de cartões de crédito – dos consumidores sejam manejados por terceiros (comerciantes ou sistemas eletrônicos) no âmbito de operações comerciais. O objetivo do modelo abstrato que será trabalho é evidenciar a importância do papel do intermediário nas transações comerciais e entender o paradigma atual, no qual as inovações do comércio eletrônico evidenciam os três conjuntos de riscos, mencionados na introdução – riscos diretos, riscos indiretos e riscos sociais. Será construído um modelo com três tipos básicos de relações comerciais de consumo de caráter remoto. Os tipos são abstratos e apenas buscam apenas evidenciar a complexidade das práticas comerciais contemporâneas.

O primeiro tipo de compras remotas é o antigo sistema de consumo por meio de catálogos, no qual os pedidos eram realizados por meio postal ou por meio telefônico. Naquele tipo, os catálogos traziam listagens de produtos e serviços que podiam ser requisitados e pagos por variados modos de pagamento. O consumidor acessava o catálogo de produtos e os adquiria por meio de um cheque postal (ou, bancário) ou, ainda, por meio de um depósito bancário prévio. A antiga aquisição de livros estrangeiros, em um passado remoto, no Brasil, se dava desta forma. O consumidor entrava em contato diretamente com um livreiro ou com editor de outra cidade, fosse do Brasil, fosse do exterior, e encomendava o livro desejado. Outra forma era procurar um livreiro, o qual possuía diversos catálogos e servia como um terceiro de confiança na relação, usualmente cobrando um valor por tal serviço.

A evolução deste primeiro tipo remoto de compras evoluiu para um segundo tipo, no qual os consumidores acessavam as informações em catálogos físicos ou *on-line* e contatavam os fornecedores não mais por sistemas mediados por uma loja física ou por sistemas de pagamento tradicionais. Como a relação começou a se dar de forma direta, começou a ser necessária a utilização de meios de pagamento diferentes. No tipo anterior, não havia a retenção de qualquer dado bancário do cliente pelo fornecedor. Porém, no novo modelo, havia o envio dos dados de cartão de crédito para que o fornecedor realizasse a operação. Em um momento inicial, sequer havia máquinas eletrônicas para a cobrança do cartão de crédito. Os números do cartão eram copiados em um boleto da operação. No caso da compra remota, havia uma relação de

---

<sup>16</sup> Alberto Luiz Albertin, “Comércio eletrônico: um estudo no setor bancário”, Revista de Administração Contemporânea 3 (1999): 47-70.

confiança de que os números do cartão não seriam utilizados para outra compra por parte do fornecedor. Depois do uso do telefone (ou, fac-símile) e da via postal, este envio do número de cartão podia se dar por meio de correio eletrônico. Foi uma fase pretérita ao momento atual, de compras eletrônicas em sistemas automatizados.

O tipo atual é diverso do anterior por uma questão simples: ele se tornou um sistema integralmente automatizado e digital. Os dois tipos anteriores são baseados na mesma lógica que ainda impera: há um consumidor e um fornecedor, que partilham um sistema de confiança para realização da troca monetária que envolve a relação comercial. Contudo, o sistema passou a ser completamente digital. A segurança ganhou uma dimensão complexa por dois elementos. O primeiro é o estoque de informação bancária na posse do fornecedor em algum banco de dados. O segundo está relacionado com os próprios riscos de transmissão por meio da Internet. Os dois elementos se fundem no aumento da possibilidade de ocorrência do dano e, principalmente, no acréscimo da dificuldade de responsabilização de uma das partes. O quadro abaixo sintetiza os três modelos em uma apreciação abstrata de riscos potenciais.

Figura 1. Modelos abstratos de relação de consumo mediada

Meio de informações	Modo da relação comercial	Sistema de troca monetária	Guarda de informações pelo fornecedor	Avaliação dos riscos aos usuários / consumidores
<b>Catálogo físico mediado</b>	Pessoal com terceiro	Pagamento pessoal.	Não	Baixo risco, pois a operação se consuma pessoalmente.
<b>Catálogo físico direto</b>	Carta ou telefone	Cheque ou depósito bancário.	Não	Baixo risco, pois a operação consome o meio.
<b>Catálogo físico direto</b>	Carta ou telefone	Dados do cartão de crédito.	Talvez	Alto risco, pois o comerciante pode reter os dados.
<b>Catálogo em sítio eletrônico</b>	Correio eletrônico	Dados do cartão de crédito.	Talvez	Alto risco, pois o comerciante pode reter os dados.
	Acesso ao sítio eletrônico			
	Acesso ao sítio eletrônico	Transferência bancária.	Não	Baixo risco, pois a operação se consuma junto ao sistema bancário.
<b>Catálogo por terminal celular</b>	Aplicação móvel	Dados do cartão de crédito.	Talvez	Alto risco, pois o comerciante pode reter os dados.

O que importa reter de todos os tipos abstratos acima indicados é a existência de dois fatores centrais em relação ao tempo e à evolução nos sistemas de compras remotas. O primeiro fator é a existência de um sistema de transação, gerenciado por um terceiro para a concretização da relação comercial, seja ele um banco ou uma operadora de crédito. O segundo fator é a possibilidade da retenção dos dados de acesso ao meio de operação de cobrança destes sistemas terceiros que começa a ser compartilhado entre o consumidor e o fornecedor. Uma simplificação é possível e elucidativa, como será indicado na figura abaixo.

Figura 2. Modelos abstratos de intermediários.

	Intermediário	
<b>Consumidor</b>	<b>Banco – espécie</b>	<b>Fornecedor</b>
	<b>Banco – cheque</b>	
	<b>Banco – transferência</b>	
	<b>Cartão – uso pessoal</b>	
	<b>Cartão – mediado e físico</b>	
	<b>Cartão – mediado e remoto</b>	

Em suma, sempre existiu um intermediário na relação de compra entre o consumidor e o fornecedor. Assim, mesmo nas relações comerciais que utilizam moedas em espécie, é evidente que o sistema monetário nacional serve como intermediário. Afinal, as cédulas monetárias são promessas de valor. Qual a responsabilidade pelo uso de uma cédula falsa para realização de uma transação? Se houver ciência de uma das partes, é claro que a responsabilidade pelo uso da moeda falsa recairá na parte que atua com má fé na relação. Contudo, a má fé no uso de uma moeda falsa é, por vezes, difícil de ser comprovar. Neste caso, de quem será responsabilidade? Ela será do consumidor ou do fornecedor? Em princípio, a responsabilidade é daquele que detinha e utilizou o meio inidôneo. O debate acerca da responsabilidade civil do intermediário nas trocas é crucial, portanto, para o debate jurídico no tema em questão, pois se relaciona com a resolução dos contratos. Há duas questões contemporâneas que demonstram o aumento dos riscos. O primeiro já foi mencionado e é a possibilidade de haver a retenção dos dados dos consumidores por parte dos fornecedores, em bancos de dados. Isto se tornou especialmente real com os cartões de crédito. O segundo é um processo em marcha, que é o aparecimento de sistemas de compras que são mais do que integrados – ou seja, o uso de sistemas de transação monetária – no qual o fornecedor é, também, um usuário de um sistema terceiro. É o potencial aparecimento de sistemas fundidos de compras, nas quais o fornecedor

é o detentor do sistema de transação monetária<sup>17</sup>. O ponto central, portanto, está diretamente relacionado à esfera de direitos e de deveres dos intermediários e dos fornecedores, em especial, nas trocas que utilizam sistemas de cartões de crédito. O dever de sigilo e de guarda incólume dos dados bancários e pessoais dos usuários. Para examinar estas duas questões, bem como o rol de direitos e deveres dos sistemas de fornecimento, serão descritos dois casos internacionais de vazamentos de dados. Porém, antes, será importante mencionar um pouco da questão da criptografia, porque é sobre essa tecnologia que se depositam os meios para que haja a outorga de segurança nas transações e, assim, para se majorar a confiança dos usuários e consumidores.

Em trabalho anterior, sobre a estruturação de sistemas de certificação digital, Freitas e Veronese já argumentaram que a criptografia possui, em si, uma sutil questão: o direito dos cidadãos a terem segredos em face do Estado, dos demais cidadãos e das empresas; bem como o direito e o dever dos Estados de acessar informações e, assim, garantir a segurança das relações sociais, econômicas e jurídicas<sup>18</sup>. De uma forma esquemática e simplificada, a criptografia que possui relevo ao debate contemporâneo é baseada em sistemas de certificação digital, por meio dos quais é possível autenticar o emissor e o receptor da mensagem – dados criptografados – além de obrigar o uso de uma enorme capacidade computacional para que haja a decodificação não autorizada do conteúdo. Para tanto, são utilizados algoritmos de criptografia assimétrica, em sistemas de chaves públicas, os quais possuem a garantia da inviolabilidade dada por terceiros autorizados – as infraestruturas –, submetidas elas a constante auditoria no seu funcionamento. No caso do Brasil, o sistema da ICP-Brasil é gerido pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação (ITI), autarquia vinculada à Casa Civil da Presidência da República. O sistema brasileiro de certificação digital outorga e audita o funcionamento de vários subsistemas técnicos que são utilizados pelo sistema bancário brasileiro, por exemplo. Assim, as transações bancárias nacionais são integralmente cobertas por tal sistema, que possui competência técnica reconhecida. Não obstante é razoável notar que o referido sistema possui limites em sua operacionalização que se cingem ao sistema de comunicação brasileiro. Assim, é certo que as transações bancárias e comerciais realizadas no Brasil possuem tal proteção. Porém, o que pensar de transações internacionais? Para refletir sobre a questão, a próxima seção do artigo tratará de dois conhecidos casos internacionais de vazamentos de dados bancários mantidos por prestadores de serviços eletrônicos.

---

<sup>17</sup> Thierry Dissaux, “*Paiements, monnaie, banque électroniques: quelle évolution pour la banque?*”, *Revue d'économie financière* 53 (1999): 113–32.

<sup>18</sup> Christiana Freitas and Alexandre Veronese, “*Segredo e democracia: certificação digital e software livre*”, *Informática Pública* 8 (2007): 9–26.

## 2. Dois casos de vazamentos de dados bancários com impacto transnacional

A ocorrência de casos de vazamento de dados pessoais tem se intensificado em todo o mundo, em decorrência da expansão das compras online e de movimentações bancárias via Internet, bem como da existência de fragilidades nos mecanismos de segurança das informações armazenadas. Dois casos emblemáticos merecem estudo, ante o elevado número de indivíduos afetados em diferentes países e em razão da repercussão jurídica. O primeiro é o vazamento de dados pessoais de assinantes da PlayStation Network, ocorrido em 2011, o qual atingiu cerca de 77 milhões de usuários daquela rede<sup>19</sup>. A PlayStation Network é um serviço de acesso a jogos *online*, acessado pela Internet e em diversos países, no qual é possível realizar a compra e o *download* de jogos e outros tipos de aplicativos e mídia. Além disso, o referido serviço possibilita a execução de jogos com outros assinantes da rede. É de propriedade da empresa Sony, que também desenvolve e fabrica os consoles de videogame da família PlayStation, sendo, para a atual geração – PlayStation 4 – obrigatória a assinatura na rede para o uso de recurso de partidas *online*.

Conforme declaração oficial da própria Sony, entre os dias 17 e 19 de abril de 2011, uma invasão não autorizada na PlayStation Network e no serviço Qriocity, também mantido por aquela empresa, obteve êxito em extrair dados pessoais de seus assinantes, o que incluiu, ao menos, informações sobre nome, endereço, país, endereço de e-mail, data de nascimento, *login* e senha de acesso à rede<sup>20</sup>. A empresa não excluiu a possibilidade de que dados de pagamento, tais como número de cartão de crédito e data de expiração, também tenham sido capturados pelo ataque cibernético. Ela anunciou, ainda, medidas emergenciais adotadas perante o ataque sofrido. Nesse sentido, interrompeu ambos os serviços, contratou uma consultoria externa para investigar o ocorrido e tomou providências para aumentar a segurança de sua infraestrutura de rede com foco na proteção de dados pessoais. No início de maio, a Sony retomou alguns dos serviços da PlayStation Network e ofereceu aos assinantes uma compensação que incluiu o *download* gratuito de jogos e o acesso por trinta dias a serviços diferenciados<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> “Sony PlayStation suffers massive data breach”, *Reuters*, April 26, 2011, accessed March 26, 2016, <http://www.reuters.com/article/us-sony-stoldendata-idUSTRE73P6WB20110426>

<sup>20</sup> “Sony customer notification US States (excluding Puerto Rico and Massachusetts)”, Sony Computer Entertainment, 2011a, accessed March 26, 2016, <http://us.playstation.com/news/consumeralerts>

<sup>21</sup> “Some PlayStation Network and Qriocity services to be available this week”, Sony Computer Entertainment, 2011b, accessed Mar. 26, 2016, <https://blog.eu.playstation.com/2011/05/01/some-playstation-network-and-qriocity-services-to-be-available-this-week>



Nos Estados Unidos da América, foram ajuizadas inúmeras ações coletivas (*class actions*) contra empresas do grupo Sony sediadas naquele país, demandando a reparação dos danos sofridos. Após a reunião de todas as demandas em uma ação coletiva consolidada, os autores e o grupo Sony alcançaram em 2014 um acordo que evitou o julgamento e previu a concessão de benefícios aos usuários afetados, o que incluiu compensações financeiras, jogos gratuitos e oferta de acesso gratuito para serviços *online*, a depender de tipo de assinatura que o indivíduo afetado possuía ao tempo do ataque cibernético, sem que, contudo, a Sony tenha reconhecido responsabilidade pelo ocorrido. Estima-se que o custo total assumido pela Sony no acordo tenha alcançado 15 milhões de dólares<sup>22</sup>. O caso da PlayStation Network chamou ainda a atenção de diversos entes governamentais, em diferentes países, especialmente no que tange à eficácia da política de segurança de dados pessoais adotada pela Sony e possíveis melhorias na regulação desse tema. Ainda em 2011 a comissão de energia e comércio da Câmara de Deputados dos Estados Unidos da América questionou formalmente a Sony sobre o vazamento ocorrido, a política da empresa para a proteção de dados e de privacidade e os planos de compensação aos consumidores<sup>23</sup>. No Reino Unido, a entidade administrativa independente responsável por regular a proteção de dados pessoais aplicou multa à Sony de 250 mil libras<sup>24</sup>. Ressaltando o caráter global do vazamento da PlayStation Network e a considerável extensão do dano causado aos assinantes de todo o mundo, o comissário de privacidade do Canadá, responsável por expor ao Parlamento daquele país o estado da aplicação das leis de privacidade, afirmou em seu relatório anual, referente ao ano de 2011, a necessidade de reconhecer a importância de regular o ambiente empresarial<sup>25</sup>.

Outro caso de vazamento de dados pessoais e bancários em escala global e que se tornou notório, especialmente pelo constrangimento pessoal causado às vítimas, decorreu da invasão sofrida pela rede social Ashley Madison, na qual

---

<sup>22</sup> “Sony settles PSN hack lawsuit for \$15 million”, *ZDNET*, July, 24, 2014, accessed April 5, 2016, <http://www.zdnet.com/article/sony-settles-psn-hack-lawsuit-for-15-million>

<sup>23</sup> “Sony’s Response to the U.S. House of Representatives”, Sony Computer Entertainment, May 4, 2011, accessed April 5, 2016, <http://blog.us.playstation.com/2011/05/04/sonys-response-to-the-u-s-house-of-representatives>

<sup>24</sup> Information Commissioner’s Office of the United Kingdom, “Data protection rights: what the public want and what the public want from data protection authorities”, May, 2015, accessed April 5, 2016, <https://ico.org.uk/media/about-the-ico/documents/1431717/data-protection-rights-what-the-public-want-and-what-the-public-want-from-data-protection-authorities.pdf>

<sup>25</sup> Office of the Privacy Commissioner of Canada, “Annual Report of the Office of the Privacy Commissioner of Canada on the Personal Information Protection and Electronic Documents Act for the period from January 1 to December 31, 2011”, June, 2012, accessed April 5, 2016, [https://www.priv.gc.ca/information/ar/201112/2011\\_pipeda\\_e.asp](https://www.priv.gc.ca/information/ar/201112/2011_pipeda_e.asp)

houve publicação em sítios da Internet de informações de contato e de meios de pagamento de milhões de usuários. A Ashley Madison é uma rede social com acesso pago, na qual indivíduos casados buscam conhecer pessoas para estabelecer de relações amorosas, obviamente extraconjugais. É administrada pela empresa canadense Avid Life Media Inc., que declarava possuir mais de 44,4 milhões de usuários cadastrados em 53 países – em 2016 – e se afirmava como “o líder mundial em encontros discretos para pessoas casadas”. Estimase que, no Brasil, a rede Ashley Madison possua em torno de três milhões de usuários cadastrados<sup>26</sup> e, na França, informações jornalísticas indicam entre 330 mil e 700 mil assinantes<sup>27</sup>. Conforme reportado pelo em seu sítio oficial na Internet pela empresa Avid Life Media Inc., em julho de 2015 ocorrera um ataque cibernético aos sistemas daquela empresa e acesso não autorizado a informações de assinantes da rede Ashley Madison<sup>28</sup>. Ainda, a empresa informou que já adotara medidas de segurança em sua rede para cessar o ataque e que trabalhava com agências governamentais para investigar aquele ato criminoso. Notícias afirmaram que um grupo *hacker* denominado *The Impact Team* seria o responsável pelo ataque ao Ashley Madison e teria ameaçado vaziar dados pessoais dos assinantes, incluindo nomes e endereços reais, fantasias sexuais e números de cartão de crédito, caso a Avid Life Media não encerrasse a operação de sua rede social<sup>29</sup>. Em declarações oficiais subsequentes, a Avid Life Media afirmou que o ataque sofrido não era um ato de ativismo *hacker*, mas sim uma ação criminosa<sup>30</sup>, bem como ofereceu recompensa de 500 mil dólares canadenses por informações que pudessem levar à identificação dos autores<sup>31</sup>. O presidente da companhia deixou seu cargo no mês seguinte ao ataque<sup>32</sup>. Arquivos com dados pessoais e bancários dos usuários da Ashley Madison foram posteriormente vazados na *web* pelo grupo *hacker* e revelaram, além da identidade e de pessoas

---

<sup>26</sup> “Ashley Madison reúne 3 milhões de brasileiros ‘para traição’; SP lidera”, *TECHTUDO*, July 22, 2015, accessed April 2, 2016, <http://www.techtudo.com.br/noticias/noticia/2015/07/ashleymadison-reune-3-milhoes-de-brasileiros-para-traicao-sp-lidera.html>

<sup>27</sup> “Ashley Madison leak could affect large number of European users”, *Deutsche Welle*, August 24, 2015, accessed April 2, 2016, <http://www.dw.com/en/ashley-madison-leak-could-affect-large-number-of-european-users/a-18669182>

<sup>28</sup> “Statement from Avid Life Media”, Avid Life Media, July 20, 2015, accessed April 9, 2016, <http://media.ashleymadison.com/statement-from-avid-life-media-inc-july-20-1225pm>

<sup>29</sup> “Extramarital affair website Ashley Madison has been hacked and attackers are threatening to leak data online”, *Business Insider*, July 20, 2015, accessed April 9, 2016, <http://www.businessinsider.com/cheating-affair-website-ashley-madison-hacked-user-data-leaked-2015-7>

<sup>30</sup> “Statement from Avid Life Media”, Avid Life Media, August 18, 2015, accessed April 9, 2016, <http://media.ashleymadison.com/statement-from-avid-life-media-inc-august-18-2015>

<sup>31</sup> “Statement from Avid Life Media”, Avid Life Media., August 24, 2015, accessed April 9, 2016, <http://media.ashleymadison.com/statement-from-avid-life-media-august-24-2015>

<sup>32</sup> “Statement from Avid Life Media”, Avid Life Media, August 28, 2015, accessed August 9, 2016, <http://media.ashleymadison.com/statement-from-avid-life-media-august-28-2015>

casadas que buscavam relações extraconjugais, que possivelmente um elevado número das usuárias femininas daquela rede não passavam de robôs cibernéticos programados por *script* para simular diálogos<sup>33</sup> <sup>34</sup>. Suspeita-se que a divulgação dos nomes dos assinantes teria provocado alguns casos de suicídio<sup>35</sup>. Tal como no caso PlayStation, diversas ações coletivas foram ajuizadas no Canadá, país em que a Avid Media Life está sediada, bem como nos Estados Unidos. No primeiro país, dois escritórios de advocacia demandaram reparações no valor de 576 milhões de dólares em nome de todos os usuários canadenses da rede<sup>36</sup>. Já nos Estados Unidos, diversas *class actions* foram ajuizadas.

Os casos apresentados ilustram como empresas que possuem atividade comercial transnacional e que manipulam dados pessoais e bancários sensíveis, com milhões de assinantes em dezenas de países, seguem vulneráveis a vazamentos e a ataques cibernéticos. Sítios da Internet que mantêm em seus bancos virtuais informações tão sensíveis quanto o número de cartão de crédito de seu usuário ou a confirmação de um caso extraconjugal têm o dever de resguardar os direitos de privacidade assegurados pelas diferentes jurisdições em que atuam. Nesse sentido, a rápida evolução das tecnologias de informação e comunicação aplicadas nas transações *online* não pode ignorar a necessidade de implantação de mecanismos de segurança e de criptografia cada vez mais eficazes, como ressaltado nesse trabalho. De mesmo modo, as legislações nacionais referentes às relações de consumo devem ser redesenhadas considerando o ambiente virtual em que agora tais operações ocorrem e os riscos existentes, criando obrigações de segurança às empresas e assegurando a reparação devida às vítimas de vazamentos de dados pessoais e bancários. Na próxima seção, há uma descrição da legislação hoje existente no Brasil, bem como algumas das principais propostas em discussão, referentes à regulação da proteção de dados pessoais e bancários em transações pela Internet.

### 3. Do código de defesa do consumidor ao marco civil da internet: a dificuldade das pretensões regulatórias do direito brasileiro

---

<sup>33</sup> “Ashley Madison condemns attack as experts say hacked database is real”, *The Guardian*, August 19, 2015, accessed April 9, 2016, <https://www.theguardian.com/technology/2015/aug/19/ashley-madisons-hacked-customer-files-posted-online-as-threatened-say-reports>

<sup>34</sup> “Ashley Madison Code Shows More Women, and More Bots”, *GIZMODO*, August 31, 2015, accessed April 9, 2016, <http://gizmodo.com/ashley-madison-code-shows-more-women-and-more-bots-1727613924>

<sup>35</sup> “Toronto police investigating possible Ashley Madison suicides”, *Fortune*, August 24, 2015, accessed April 9, 2016, <http://fortune.com/2015/08/24/ashley-madison-suicide>

<sup>36</sup> “Ashley Madison faces huge class-action lawsuit”, *BBC*, August 23, 2015, accessed April 9, 2016, <http://www.bbc.com/news/business-34032760>

As relações de consumo no Brasil são regidas, atualmente, pela Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor. A referida lei veicula normas protetivas ao consumidor, definido como a pessoa física ou jurídica que for o destinatário final da aquisição ou fruição de produtos ou serviços. O Código de Defesa do Consumidor trata de forma geral a relação entre consumidor e fornecedor, veiculando normas jurídicas sobre responsabilidade civil referente a danos causados ao consumidor por defeitos e vícios do produto ou serviço, sobre práticas comerciais e sobre cláusulas contratuais, discriminando o que são considerados abusos<sup>37</sup> <sup>38</sup>. As normas jurídicas de proteção ao consumidor incidem, no Brasil, sobre as relações comerciais, independentemente do meio em que ocorram, tendo o Decreto Federal n. 7.962, de 15 de março de 2013, criado disposições jurídicas especificamente do Código de Defesa do Consumidor no que se refere às contratações no comércio eletrônico<sup>39</sup>. O Decreto traz normas a serem atendidas na relação de consumo eletrônica referentes às informações sobre produto, serviço e fornecedor, que devem ser claras, sobre atendimento ao consumidor, que deve ser facilitado, e sobre o direito de arrependimento. Tais regras se fazem necessárias ante o ambiente virtual em que ocorrem operações como a compra de produtos e o pagamento de assinatura para fruição de serviços, por vezes igualmente virtuais. Uma importante norma trazida pelo Decreto Federal n. 7.962/2013 diz respeito, à necessidade de utilização, pelos sítios eletrônicos – e demais meios eletrônicos usados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação – de mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor (art. 3o, inciso VII). Assim, a legislação brasileira prevê expressamente que os fornecedores, ou seja, os mantenedores dos sítios eletrônicos de venda de produtos ou serviços, possuem o dever de adotar sistemas de segurança que impeçam o vazamento de dados pessoais e bancários inseridos pelos consumidores durante compras *online*. O descumprimento de obrigações do fornecedor na relação de consumo implica na possibilidade imposição das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor (artigo 56), bem como na possível aplicação de regras processuais específicas para a defesa do consumidor em juízo (artigos 81 a 90). Pode, ainda, haver o ajuizamento de ações coletivas e individuais de responsabilidade por danos sofridos no âmbito de relações de consumo (artigos 91 a 100). Verifica-se, assim, que o sistema jurídico brasileiro prevê a possibilidade de

---

<sup>37</sup> Claudia Lima Marques, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

<sup>38</sup> Ricardo Luis Lorenzetti. *Comércio eletrônico* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004).

<sup>39</sup> Têmis Limberger, Jânia M. L. Saldanha and Carla A. S. Moraes, “Estado, cidadania e novas tecnologias: o comércio eletrônico e as alterações do Código de Defesa do Consumidor”, *Revista de Direito do Consumidor* 22 (2013): 261-82.

reparação de danos em relações de consumo decorrentes do descumprimento, pelo fornecedor, do dever de salvaguardar os dados pessoais e bancários dos consumidores, bem como de aplicação de sanção administrativa por esse fato. É por este motivo que Ellen Sartori considera que já existe um marco de proteção dos dados pessoais dos consumidores no Brasil, apesar de indicar a necessidade de uma legislação específica, nos moldes europeus<sup>40</sup>.

Além disso, outras leis brasileiras buscam proteger os dados pessoais e bancários na Internet e reprimir vazamentos deliberados. A aprovação do chamado Marco Civil da Internet, por intermédio da Lei Federal n. 12.965, de 23 de abril de 2014, buscou disciplinar a Internet no país, listando diversas normas jurídicas endereçadas aos usuários e às empresas, bem como determinado a forma de atuação dos entes administrativos. O Marco Civil expressamente indica o respeito à liberdade de expressão como fundamento da disciplina da Internet no Brasil (artigo 2º), bem como define a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, dentre outros, como princípios a serem seguidos (art. 3º, incisos II e III). Ademais, determina, no artigo 7º, uma série de direitos e garantias aos usuários da Internet no país, o que inclui a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada” (inciso I), a “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial” (inciso III), e o “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei” (inciso VII). O Marco Civil avança ainda mais no art. 8º, ao declarar que a garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Pelo Marco Civil, seriam nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais que implicassem uma ofensa ao sigilo das comunicações privadas e que não ofereçam a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias em serviços prestados no Brasil (parágrafo único). No que se refere à proteção de dados pessoais e ao conteúdo de comunicações privadas, bem como à guarda e à disponibilização de registros de conexão e de acesso a aplicações de internet, o Marco Civil indicou, no artigo 10, que deve ser atendida a preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes envolvidas. Essa legislação determinou, ainda, que medidas e procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão dos serviços de forma clara e, ainda, que os mesmos deveriam atender a padrões definidos em regulamento (§ 4º do artigo 10).

Quanto à coleta, ao armazenamento, à guarda e ao tratamento de registros e dados pessoais, a Lei Federal n. 12.965 de 2014 obriga, em seu artigo 11, o

---

<sup>40</sup> Ellen C. M. Sartori, “Privacidade e dados pessoais: a proteção contratual da personalidade do consumidor na Internet”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 9 (2016): 48-104.

respeito à legislação brasileira e aos direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e de registros (*caput* do artigo 11), quando os dados forem coletados em território nacional ou em comunicações nas quais ao menos um dos terminais seja localizado no país (§ 1o do artigo 11) e mesmo que as atividades sejam exercidas por pessoa jurídica sediada no exterior, se o serviço for ofertado no Brasil ou se ao menos um integrante do grupo econômico possua estabelecimento no país (§ 2o do artigo 11). A lei exige ainda que provedores de conexão e de aplicações na Internet prestem informações sobre o cumprimento da legislação brasileira nessas atividades (§ 3o do artigo 11), e deixa para futura regulamentação a especificação do procedimento para apuração de infrações (§ 4o do artigo 11). Há a previsão de penalidades administrativas para as infrações referentes à violação da proteção de dados pessoais e bancários, sem prejuízo de demais sanções cíveis, criminais e administrativas. O Marco Civil institui penalidades no artigo 12, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente: advertência; multa; suspensão temporária; e, proibição do exercício de atividades de armazenamento, guarda e tratamento de registros ou dados pessoais. Ainda, a Lei prevê que, se a empresa for estrangeira, a sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento no Brasil responderá solidariamente pelo pagamento da multa (parágrafo único do artigo 12). Verifica-se, assim, que o Marco Civil da Internet aprofundou as obrigações que fornecedores de produtos e serviços na Internet devem atender na preservação do sigilo dos dados pessoais que detêm, independentemente da existência de relação de consumo e de a pessoa jurídica estar ou não sediada no Brasil, desde que ofereça seus serviços no país. Criou ainda sistema próprio de sanção, que pode ser aplicada cumulativamente com as penalidades do Código de Defesa do Consumidor e das responsabilizações cíveis e criminais aplicáveis.

A legislação brasileira também prevê a aplicação de sanções na esfera criminal em decorrência do vazamento de dados pessoais na Internet. A Lei Federal n. 12.737, de 30 de novembro de 2012, ficou conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, que faz referência ao episódio de vazamento na Internet de fotos íntimas de uma atriz, ocorrido em maio de 2011. A vítima sofreu tentativa de extorsão pelo responsável pela captura dos dados e posterior divulgação das imagens. O caso teve considerável repercussão na mídia brasileira<sup>41</sup>. A referida Lei incluiu no Código Penal brasileiro a tipificação do delito de “invasão de dispositivo informático” (art. 154-A, *caput*), com a possibilidade de imputação de três meses a um ano de prisão, combinada com a aplicação de multa. Ainda segundo o dispositivo legal, incorre na mesma pena quem “produz, oferece, distribui, vende ou difunde

---

<sup>41</sup> “Carolina Dieckmann prestará depoimento sobre publicação de fotos íntimas”, *Folha de São Paulo*, May 6, 2012, accessed March 26, 2016, <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1086411-carolina-dieckmann-prestara-depoimento-sobre-publicacao-de-fotos-intimas.shtml>

dispositivo ou programa de computador” que tenha por intuito a conduta acima descrita (art. 154-A, §1º). Ademais, a ocorrência de prejuízo econômico em decorrência da invasão é causa de aumento de pena (art. 154-A, §2º). Nota-se que a invasão a dispositivo que não tenha a intenção descrita no tipo penal não está abarcada pela lei como crime – para que haja crime, necessariamente deve haver a finalidade de obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações sem autorização, ou ainda a obtenção de vantagens ilícitas. Tem-se como evento qualificador do crime de invasão de dispositivo informático a obtenção de conteúdo que seja acobertado por sigilo, conforme definido em lei, ou que se refiram a comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, bem como se da invasão decorre controle remoto do dispositivo atacado. Nesses casos, a pena será de reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave (art. 154-A, §3º). Para tais condutas, incide ainda causa de aumento de pena quando ocorrer divulgação, comercialização ou transmissão dos dados obtidos a terceiros (art. 154-A, §4º), bem como é previsto o incremento se a conduta for praticada contra uma das autoridades listadas no art. 154-A, §5º. A Lei Carolina Dieckmann incluiu, ainda, na tipificação do crime de “falsificação de documento particular”, constante do art. 298 do Código Penal brasileiro, a equiparação do cartão de crédito ou débito a documento particular, o que assegura a criminalização do uso de dados bancários vazados.

Finalmente, nota-se que as pretensões regulatórias brasileiras seguem avançando na criação de mecanismos jurídicos que busquem proteger o sigilo dos dados pessoais e bancários em um ambiente tecnológico em constante mutação. A expansão de formas de pagamento em transações eletrônicas intermediadas por dispositivos de telecomunicações e geridas por instituições não financeiras, fenômeno que se alastra por diferentes jurisdições, mereceu a edição de normas jurídicas específicas no Brasil – trata-se dos artigos 6º a 15 da Lei n. 12.865, de 9 de outubro de 2013. As referidas normas permitiram que empresas do setor de telecomunicações pudessem ofertar serviços de pagamento por meio de terminais de acesso, ou seja, telefones móveis, como meio de programar políticas de inclusão financeira a indivíduos sem acesso ao sistema bancário, sem descuidar da proteção aos dados pessoais, conforme se verifica dos artigos 7º, IV, e 8º da Lei n. 12.865/2013.

A evolução tecnológica, ao tempo em que possibilita a inclusão social por meio das tecnologias de informação e comunicação, também traz novos desafios, tanto para empresas como para os Estados e as sociedades. Existem questões técnicas, como, por exemplo, possibilitar estruturas de comunicação que permitam o pleno desenvolvimento da crescente expansão do comércio eletrônico<sup>42</sup>. De outro lado, a venda de serviços e produtos puramente digitais

---

<sup>42</sup> Allain Rallet, “*Commerce électronique ou électronique du commerce?*”, *Réseaux* 106 (2001): 17-72.

traz outros desafios, pois a entrega e a fruição do produto ou do serviço adquirido se dão totalmente de forma eletrônica<sup>43</sup>. Todavia, a questão mais relevante e premente da atualidade é relacionada com a segurança dos dados pessoais e bancários. A questão central ganha contornos complexos, ao se aventar o incremento de operações financeiras virtuais e o aumento de atores, sistemas e dispositivos relacionados às transações *online*. No caso brasileiro, é certo que existem algumas normas jurídicas que possibilitam sua mobilização em prol de proteção. Contudo, a efetiva proteção dos consumidores não está apenas relacionada com a existência de leis. Ela é diretamente derivada da sua aplicação pelos atores sociais. Assim, princípios como aqueles previstos no Código de Defesa do Consumidor e no Marco Civil da Internet somente serão meios jurídicos de proteção no momento em que forem efetivamente utilizados pelos diversos atores sociais para pautar as suas relações. Não obstante, parece claro que as leis citadas não são suficientes para gerar um conjunto normativo pleno e que o Brasil ainda requer uma legislação específica para a proteção dos dados pessoais, em padrões similares àqueles existentes na Europa, por meio da Diretiva 2000/31/CE (comércio eletrônico) e da Diretiva 95/46/CE (proteção de dados pessoais), substituída pelo Regulamento 2016/679/UE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados)<sup>44</sup>.

O objetivo principal do artigo é demonstrar que a agregação de dados bancários em sistemas automatizados, gerenciados por conglomerados empresariais ou grandes empresas transnacionais, aumenta o risco de vazamentos maciços, contra os quais os diversos países, dentre os quais o Brasil, possuem meios limitados para repressão. De outro lado, o controle prévio destes sistemas integrados de compras também é complexo e, para sua boa operacionalização, dependeria de sistemas transnacionais efetivos de cooperação. É certo que os sistemas bancários nacionais possuem regimes de cooperação que têm se mostrado hábeis para fornecer confiança às trocas internacionais. Porém, mesmo sistemas como o SWIFT estão sob o escrutínio das autoridades nacionais de proteção dos dados pessoais, em razão dos riscos relacionados à lavagem de dinheiro e ao terrorismo<sup>45</sup>. Em síntese, o debate sobre a integração vertical das estruturas de comércio eletrônico ainda é incipiente e não focalizou, ainda, as questões relativas à agregação dos sistemas de transação com os meios de fornecimento dos bens e serviços. A literatura atual ainda está dirigida, de forma geral, à

---

<sup>43</sup> Fabrice Lequeux and Allain Rallet, “*Un Internet peut en cacher un autre: vers l’avènement des marchés du multimédia en ligne*”, *Réseaux* 124 (2004): 207-44.

<sup>44</sup> Laura Schertel Mendes and Danilo Doneda, “*Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016*”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo* 9 (2016): 35-48.

<sup>45</sup> Anthony Amicelle, “*The great (data) bank robbery: terrorist finance tracking program and the SWIFT affair*”, *Research Questions* 36 (2011), accessed April 9, 2016, <http://www.sciencespo.fr/ceri/en/content/great-data-bank-robbery-terrorist-finance-tracking-program-and-swift-affair>



discussão sobre a oportunidade, ou não, da integração da oferta de conteúdos digitais com os meios de provimento, questão conhecida como neutralidade de rede<sup>46</sup>. É evidente que os riscos regulatórios futuros são relacionados com a integração vertical e internacional do comércio eletrônico, na “formação” de conglomerados empresariais para oferta de produtos e serviços, agregados com sistemas de pagamento.

## 4. Conclusão

O presente texto realizou uma descrição de um problema contemporâneo e relacionado ao comércio eletrônico: a integração entre sistemas de transação comercial – automatizados – com a oferta de bens e serviços. Inicialmente, foi mencionada a expansão quantitativa do comércio eletrônico, bem como sua relação com a automatização das trocas. Ainda, foi construída uma tipologia da evolução dos sistemas de transação, para evidenciar o aumento dos riscos de vazamento em sistemas concentrados. Foram descritos dois casos internacionais, ocorridos em 2011 e em 2015 – Sony PlayStation e Ashley Madison, respectivamente – para demonstrar o potencial de danos maciços e amplos que podem ocorrer com a centralização de dados bancários dos consumidores em sistemas integrados de compras. A exposição serviu para evidenciar que a defesa judicial contra violações, *a posteriori*, é muito complicada. Também, fica claro que os diferentes países possuem meios de defesa assimétricos para se proteger de tais violações. A leitura do direito brasileiro demonstra que a legislação existente, possui elementos que poderiam ser mobilizados para a proteção prévia e para a repressão às violações dentro da jurisdição nacional. Não obstante, as prescrições jurídicas existentes estão esparsas em diferentes diplomas jurídicos e inexistem normas que prevejam a cooperação e a atuação internacional de estruturas de proteção. Neste sentido, a conclusão do presente artigo é que existem dois debates para serem travados na literatura e nas políticas públicas do Brasil: a formação de um marco legal para a proteção dos dados pessoais que seja integrado com as normas já existentes, bem como que possua previsão de cooperação internacional, nos moldes das diretivas europeias; e, um debate sobre os riscos de integração vertical na oferta de meios de transação com a oferta de produtos e serviços por meio de comércio eletrônico, especialmente em razão da internacionalização das empresas. Essas duas discussões, por exemplo, não foram realizadas, de forma plena, quando da aprovação da Lei n. 12.865/2013, apesar de o debate regulatório futuro ter sido mencionado na exposição de motivos da Medida Provisória n. 615, de 17 de maio de 2013, origem da lei federal em questão:

---

<sup>46</sup> Nicolas Curien and Winston Maxwell, *La neutralité d’Internet* (Paris: La Découverte, 2011).

Nos últimos anos, tem crescido a participação de instituições não financeiras na provisão de serviços de pagamento, principalmente por intermédio de cartões de pagamento (crédito ou débito), moedas eletrônicas ou meios eletrônicos de pagamento, a exemplo dos instrumentos disponibilizados para o comércio eletrônico (*e-commerce*) e das transações realizadas mediante dispositivos móveis de comunicação (*mobile payment*).

Esse cenário tem o potencial de trazer inegáveis benefícios para a economia nacional – maior competição, redução de custos e preços, aumento da conveniência para os usuários, melhoria na qualidade dos serviços, facilitação da inclusão financeira. Entretanto, existem riscos inerentes às atividades relacionadas aos serviços de pagamento, que, uma vez dimensionados, podem ser mitigados mediante regulação e supervisão setorial, com vistas na promoção da solidez e da eficiência. A adequação do arcabouço normativo, além de possibilitar a mitigação dos riscos, também potencializa o papel de indutor dos agentes públicos na busca de modelos que atendam aos interesses da sociedade, alinhando-os às políticas públicas existentes. Ademais, a regulação desse setor da economia traz a segurança jurídica demandada para a realização dos investimentos necessários para a implementação e desenvolvimento dos arranjos de pagamento. Considera-se que os arranjos de pagamentos, em especial os relacionados a pagamentos móveis, podem contribuir significativamente para o objetivo do Governo Federal de promover a inclusão financeira da população brasileira. O potencial inclusivo dos pagamentos móveis deve-se à elevada penetração da telefonia móvel no Brasil em todos os segmentos de renda. Ademais, a possibilidade de atuação de novos agentes neste mercado, como as próprias operadoras de telecomunicações, trarão novos investimentos e maior concorrência na provisão de serviços de pagamento.

Na prática, a utilização de um sistema de pagamentos em novos modelos de negócios, com a integração dos serviços de provimento de acesso à Internet com a parte financeiro acabou por não se consolidar como uma opção de comércio no Brasil. Porém, o debate sobre a integração de operações em comércio eletrônico precisa ser debatido sob o prisma da proteção dos dados pessoais, bem como pela ótica da proteção ao direito da concorrência, tendo o olhar dirigido ao panorama internacional. Ou seja, o debate não pode ser realizado somente na perspectiva da regulação brasileira e requer a apreciação do marco jurídico, econômico e social dos diversos países que já tenham travado tais discussões, de forma a prospectar a possibilidade de cooperação jurídica como uma forma de mitigar os limites da atuação da jurisdição local nas contendas com empresas transnacionais de grande porte. Qual foi a consequência do caso Snowden, em 2013? Foi o aumento das preocupações de gestores e

técnicos da União Europeia acerca da insuficiência de proteção dos acordos de cooperação desse bloco social e econômico para com os Estados Unidos da América. Essas preocupações deram ensejo à revisão de toda a legislação da União Europeia sobre o tema da proteção de dados pessoais, além de ter servido para majorar o interesse em aumentar a fiscalização por parte das diversas autoridades nacionais. É por esse motivo que Liane Colonna descreve a reação de imediata suspeita, por parte dos europeus, sobre a interação entre as grandes empresas dos Estados Unidos da América com o governo daquele país e do reflexo havido na legislação da União Europeia sobre proteção de dados pessoais<sup>47</sup>. De outra perspectiva, Juhi Tariq opina no sentido da preocupação que as empresas norte-americanas deveriam ter com a mudança do panorama, em razão do caso Snowden<sup>48</sup>. Em relação ao Brasil, esse *affair* internacional parece não ter atraído a atenção sistemática do legislador e dos reguladores, apesar de Alessandro Molon indicar que a aprovação do Marco Civil da Internet teria sido uma decorrência do ocorrido<sup>49</sup>. Em suma, parece mais do que evidente haver a necessidade de um debate regulatório com o objetivo de dimensionar a proteção nacional – por meio de uma legislação e integrada – dos dados bancários e pessoais, para que seja possível dimensionar de forma equilibrada os riscos e as potencialidades dos processos de integração vertical que, não obstante, estão em marcha ao redor do mundo, nos mais diferentes mercados. Ainda, o referido debate não pode prescindir de aferir e prever a questão da cooperação administrativa e judicial como um ponto central para a efetividade dos meios de proteção contemporânea.

---

<sup>47</sup> Liane Colonna, “*PRISM and the European Union’s data protection directive*”, *The John Marshall Journal of Information Technology & Privacy Law* 30 (2013): 227-51, <http://repository.jmls.edu/jitpl/vol30/iss2/1/>

<sup>48</sup> Juhi Tariq, “*The NSA’s PRISM program and the new EU privacy regulation: why US companies with a presence in the EU could be in trouble*”, *American University Business Law Review* 3 (2014): 371-82.

<sup>49</sup> Alessandro Molon, “*A legislação e a internet: ideais, desafios e avanços com o Marco Civil da Internet*”, *Cadernos Adenauer* 16 (2015): 107.



# O direito na era digital: *ensino, teoria, e prática em face das novas tecnologias de informação e comunicação*

Beatriz Kira<sup>1</sup>

## 1. Introdução<sup>2</sup>

Com a expansão da internet<sup>3</sup> comercial no Brasil, a partir da década de 1990, cresceu exponencialmente o número de usuários ativos e gradativamente a relevância do acesso à rede no dia a dia das pessoas. Estudos do campo de po-

---

<sup>1</sup> Doutoranda em direito econômico pela Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências Sociais da Internet pela Universidade de Oxford. Pesquisadora sênior da Blavatnik School of Government, trabalhando em projeto sobre novas tecnologias e desenvolvimento econômico. E-mail para contato: beatriz.kira@usp.br.

<sup>2</sup> Pelas inúmeras conversas que me fizeram pensar nas ideias deste capítulo, agradeço a Diogo R. Coutinho, Clara Mota Pimenta, Jacqueline de Sousa Abreu, Francisco Brito Cruz, Dennys Antonialli, Mariana Giorgetti Valente, Thiago Dias Oliva, Natália Neris, e Rafael Zanatta. Um agradecimento especial é dirigido a Túlio de Medeiros Jales pelos comentários valiosos a uma versão preliminar do texto. Quaisquer erros e imprecisões são exclusivamente meus.

<sup>3</sup> Na legislação brasileira, o termo “internet” é definido pela Lei nº 12965/2014 (“Marco Civil da Internet”) como “o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes”. Quanto à grafia da palavra, há um acalorado debate no campo. Trabalhos mais escritos há mais tempo costumam utilizar o termo com letra maiúscula no início (“Internet”), em um contexto na qual havia muitas “internets”, pois a palavra era usada para se referir a qualquer rede de computadores que compreendesse ou conectasse um número de redes menores. Assim, o substantivo próprio, “Internet”, era usado para se referir especificamente à rede global que conhecemos hoje. Atualmente, no entanto, com a enorme popularização da rede mundial desenvolvida pela DARPA em detrimento das demais, essa necessidade de diferenciação se tornou em grande medida obsoleta, o que levou algumas pessoas a considerarem o uso da letra maiúscula como desnecessário, datado e esteticamente pouco atraente, grupo no qual me incluo. Este ensaio, portanto, adotará a grafia com letra minúscula: “internet”.

líticas de internet indicam que a vida econômica, social e política de brasileiros e brasileiras é cada vez mais digital e conectada.<sup>4</sup>

Ao mesmo tempo, com a expansão do uso e do acesso, multiplicam-se as disputas que, de alguma forma, colocam a internet no banco dos réus (Antoniali, Brito Cruz & Valente, 2017). No Brasil, onde mais de 60% da população é usuária de internet e de uma enorme gama de serviços oferecidos por grandes empresas de tecnologia (CETIC, 2017), chegam com cada vez mais frequência ao judiciário brasileiro demandas relacionadas à internet. Algumas disputas de enorme destaque e repercussão já chegaram ao Supremo Tribunal Federal, que é chamado a se posicionar em relação a temas como a responsabilidade das plataformas por conteúdos gerados por terceiros,<sup>5</sup> bloqueios de aplicativos de mensagens instantâneas,<sup>6</sup> e o reconhecimento de um direito ao esquecimento na internet (e fora dela).<sup>7</sup>

Apesar disso, no direito, o campo de pesquisa e reflexão voltado ao estudo da regulação e de políticas de internet é ainda bastante incipiente. Temas como esses tampouco são discutidos nas salas de aula de cursos tradicionais de direito. Assim, faltam no mercado profissionais preparados para lidar com os novos desafios ao direito trazidos pelo advento da internet, bem como faltam subsídios que informem de maneira fundamentada decisões judiciais e que destrinchem questões complexas que emergem do uso das novas tecnologias de informação e comunicação. Nas palavras de Faria (2010), 'leis e códigos, em face dos novos paradigmas de produção, das novas tecnologias de informação, e dos novos canais de comunicação, vêm enfrentando grandes dificuldades para promover o acoplamento entre o mundo virtual emergente e as instituições do mundo real'.

Este capítulo discute como o processo schumpeteriano de destruição criadora (Schumpeter, 2017) e o avanço de novas tecnologias, principalmente as viabilizadas pelo advento da internet, desafiam conceitos, o ensino, e a aplicação do direito. O objetivo é revelar se, e de quais formas, o direito, tanto em sua elaboração teórica, como em sua aplicação prática, pode ser adaptado para

---

<sup>4</sup> Estudos apontam também que, apesar disso, a falta de acesso às tecnologias de informação e comunicação criam novas desigualdades, com implicações para a realização de direitos e exercício da cidadania. Um exemplo é a pesquisa conduzida pelo InternetLab e a Rede Conhecimento Social, que analisou o uso e apropriação de tecnologias de informação e comunicação por empregadas domésticas na cidade de São Paulo. O estudo aponta que sobre esse grupo de usuárias incidem desproporcionalmente desigualdades de gênero, raça e classe social, e chama a atenção para a necessidade de políticas públicas que levem em conta tais perspectivas (Internetlab, Rede conhecimento social, 2018).

<sup>5</sup> Recurso Extraordinário nº 1.037.396, interposto pelo Facebook Brasil, sob relatoria do min. rel. Dias Toffoli.

<sup>6</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 403, min. rel. Edson Fachin; Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5527, min. rel. Rosa Weber.

<sup>7</sup> Recurso Extraordinário 1010606, rel. min. Dias Toffoli.

dar conta dos novos desafios colocados pelo crescente uso de tecnologias em geral, e em particular pela atuação de plataformas de internet.

Para tanto, o capítulo é organizado em três partes, além desta breve introdução. A primeira parte apresenta, de uma perspectiva da sociologia jurídica, as transformações trazidas pela sociedade informacional e as características do novo paradigma do direito que se consolidou a partir delas. A segunda parte discute as consequências dessas transformações para instituições jurídicas, e examina como exemplo o caso do direito da concorrência, para em seguida argumentar que a reforma do ensino jurídico e o incentivo à pesquisa são caminhos para diminuir o crescente abismo entre os conceitos apresentados em salas de aula e os casos que chegam aos operadores do direito. A terceira parte discute os desafios colocados por novas tecnologias para a aplicação do direito, analisando mais atentamente a adjudicação e o papel das cortes. O argumento é que, especialmente em casos envolvendo internet e novas tecnologias, a abertura do processo à participação de informantes especializados pode contribuir para a tomada de decisão. Por fim, a conclusão retoma brevemente os argumentos articulados e as recomendações apresentadas no capítulo.

## 2. O direito e a sociedade em transformação

Não é novidade que avanços tecnológicos causam rupturas na ordem social. Ao longo da história, cada novo ciclo de desenvolvimento econômico desencadeou alterações estruturais nos sistemas político, econômico, social, e também jurídico. Mais recentemente, na transição da sociedade industrial do século 19 para a sociedade informacional do século 20, a velocidade de criação e distribuição de novos bens e serviços no mercado globalizado intensificou e acelerou o processo schumpeteriano de destruição criadora.<sup>8</sup> Como consequência, assistimos à emergência de novas tecnologias de produção, novas formas de organização industrial, novos padrões de concorrência e fortalecimento das relações internacionais (Faria, 2002).

A transição da sociedade industrial para a sociedade informacional teve impacto também na produção do direito, bem como na prática e no ensino jurídico – afetando a estrutura, a funcionalidade, e o alcance do direito (Faria, 2010). Tais transformações exigem, assim, uma mudança também no paradigma do direito, com a passagem de uma visão formalista para uma visão mais aberta,

---

<sup>8</sup> Conceito popularizado por Joseph Schumpeter em seu livro *Capitalismo, Socialismo e Democracia* (1942), que descreve o “processo de mutação industrial que incessantemente revoluciona a estrutura econômica a partir de dentro, destruindo incessantemente o antigo e criando elementos novos” (Schumpeter, 2017).

de natureza funcional, preocupada com a eficácia das normas e sua aderência a diferentes contextos.

A sociedade informacional é marcada também pela emergência de um novo pluralismo jurídico. Com a mudança de paradigma, são criados novos subsistemas independentes que se diferenciam cada vez mais e se especializam em determinadas áreas do conhecimento. Tal especialização tira de cena certos atores sociais, dando uma importância cada vez maior às discussões técnicas e econômicas. O resultado é a consolidação de uma organização normativa multi-nível, que propicia o equilíbrio sistêmico do pluralismo jurídico (Faria, 2010).

Observa-se, com isso, o alargamento do abismo entre “o perfil arquitetônico do direito positivo e de suas instituições e a crescente complexidade do mundo contemporâneo” (Faria, 2010). Nesse sentido, normas positivas perdem a capacidade de abranger a pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais características da sociedade informacional. Assim, o formalismo e a rigidez dos ordenamentos jurídicos estabelecidos em um outro contexto histórico são, com frequência, incompatíveis com as exigências dos novos padrões de produção e de funcionamento do mercado mundial e de um sistema globalizado.

Nesse cenário, o direito passa a exigir um arranjo institucional flexível o suficiente para fomentar a inovação tecnológica, possibilitar experimentação, viabilizar revisões, e incorporação de aprendizados, mas, ao mesmo tempo, estável o suficiente para proteger direitos fundamentais e viabilizar a prestação de contas e o controle democrático. Se, por um lado, determinados arranjos regulatórios podem levar ao enrijecimento de mercados, por outro lado, a mescla apropriada de intervenção estatal e forças de mercado pode incentivar um ambiente flexível, aberto à inovação, e às futuras tecnologias (Coutinho, 2013). Tal arranjo exige adaptações tanto de conceitos e ferramentas tradicionais do direito, como da prática jurídica, principalmente a adjudicação, como será discutido a seguir.

### 3. Descompassos teóricos e instrumentais

A expansão da internet comercial no Brasil é fenômeno recente. No intervalo de pouco mais de duas décadas, milhões de brasileiros e brasileiras ganharam acesso à internet. Com isso, multiplicaram-se também os litígios relacionados à rede. A produção de conhecimento jurídico a respeito da regulação da internet e a aplicação do direito às novas interações sociais (e jurídicas) possibilitadas pelo universo online, no entanto, não ocorreu no mesmo ritmo.

De um lado, falta literatura e evidências para nortear decisões. A lei que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil é apenas de 2014 (Lei 12965/2014, mais conhecida como Marco Civil da Internet) – e é ainda uma ilustre desconhecida de muitos operadores do direito, que com frequência decidem causas reguladas por esse marco legal sem nem ao



menos mencioná-lo. Do outro lado da mesma moeda, conceitos e ferramentas tradicionais do direito são, com frequência, desatualizados e insuficientes para lidar com as particularidades das plataformas de internet.

O direito concorrencial é um exemplo de tal descompasso. O tamanho e a concentração de poder nas mãos de algumas poucas empresas de internet têm sido objeto de preocupações políticas, jurídicas e econômicas. Ao redor do mundo, governos, acadêmicos e a sociedade civil têm reivindicado maior escrutínio das plataformas de internet. A defesa da concorrência, nesse cenário, é frequentemente apontada como possível solução para conter ‘gigantes da internet’, que desafiam juristas e economistas a desenvolverem ferramentas analíticas e regulatórias aptas a endereçarem mercados em rápida e constante evolução. No entanto, no Brasil, a relação entre a defesa da concorrência e a regulação de plataformas de internet permanece um campo de pesquisa pouco explorado.

Na literatura internacional, um número crescente de estudos defende que muitos dos conceitos e ferramentas desenvolvidos para analisar modelos de negócios tradicionais não seriam aplicáveis a empresas de internet, a não ser com consideráveis adaptações (Evans & Schmalensee, 2013). Isso porque tais empresas apresentam arranjos complexos, que as distinguem de mercados tradicionais. Muitas são plataformas multi-lados, que servem simultaneamente mais de um grupo de usuários. Por exemplo, a oferta de produtos e serviços gratuitos, como conta de e-mail e acesso a redes sociais, desafia análises centradas em dinâmicas de preço, como a definição de mercado relevante. Em particular, o fato de tais plataformas dependerem de dados de usuários para operarem em seus respectivos mercados traz novas questões para a análise antitruste.<sup>9</sup>

O direito, no entanto, tem dificuldade para lidar com o rápido ritmo de inovação e constante transformação do setor de tecnologia (Page & Lopatka, 2009). Se o arcabouço institucional que regula a defesa da concorrência é determinante para seu sucesso ou insucesso, a adequação do regime de defesa da concorrência às plataformas de internet depende, ao menos em parte, das estruturas jurídicas que as regulam (Coutinho, 2013). **É preciso**, assim, debater os limites do atual ferramental analítico para o exame e a compreensão de mercados online, e quais mudanças são necessárias em termos de poderes, funções e recursos.

O ensino do direito, por sua vez, também precisa se adequar a essa nova realidade. Para tanto, é necessário investir em uma formação jurídica baseada na visão funcional do direito, mais interdisciplinar e prática, dando espaço para o ensino de novas disciplinas e atualização das antigas, como o direito ao espaço virtual e o direito da concorrência 2.0.

---

<sup>9</sup> Uma discussão mais detalhada sobre como a dinâmica dos mercados digitais dá origem a questões antitruste específicas, que exigem a atualização do conjunto de ferramentas da política de concorrência, pode ser encontrada em Kira (2019).

De forma mais ampla, é preciso fomentar o desenvolvimento de pesquisa acadêmica atualizada, que enfrente questões difíceis emergentes da nova sociedade informacional – não só aquelas relacionadas à defesa da concorrência. A discussão de casos práticos e novas abordagens teóricas, em todos os campos do direito, serve não apenas para guiar discussões em sala de aula e formar melhores profissionais jurídicos. No limite, tais estudos têm impacto na criação e interpretação do direito, contribuindo para aperfeiçoamentos no desenho e implementação de normas jurídicas, bem como para que os votos e as decisões tomadas pelas cortes sejam mais adequados ao cenário de desenvolvimento tecnológico.

#### 4. Desafios na aplicação do direito

Os desafios para o direito na era digital são não apenas teóricos e instrumentais. A incipiente literatura do campo e o descompasso do ensino jurídico impactam também a operacionalização do direito e a adjudicação de casos envolvendo novas tecnologias. Todos os dias, um grande volume dos mais variados casos chega às cortes brasileiras – e com cada vez maior frequência as demandas envolvem plataformas de internet – temas com os quais julgadores muitas vezes não tiveram contato ou experiência. Como esperar que juízes decidam, por exemplo, sobre a legalidade da criptografia de ponta-a-ponta, quando desconhecem o funcionamento e a utilização de tal tecnologia? Como devem decidir sobre a cobrança de direito autoral nas obras musicais executadas pela internet, em modalidades como *webcasting* e *simulcasting* (termos que nem ao menos possuem tradução para o português)?<sup>10</sup>

A resposta a questões como essas muitas vezes está além da ampla bagagem jurídica acumulada pelas cortes brasileiras. Como devem decidir as cortes? Nos debates acerca da interseção entre direito e tecnologia, duas correntes distintas podem ser identificadas. De um lado, há aqueles que entendem que o advento e expansão da internet trouxe consigo novos problemas para o direito, que demandam seja a adaptação de conceitos jurídicos, seja a elaboração de novos conceitos e categorias, capazes de lidar com a camada extra de complexidade que a existência de um modo online adiciona ao mundo offline. A esta corrente

---

<sup>10</sup> Ambos são formas de transmissão digital via *streaming*, pela internet. A modalidade *simulcasting* diz respeito à retransmissão simultânea do conteúdo em outro meio de comunicação, por exemplo no caso da reprodução de uma programação de rádio no site da emissora, enquanto o *webcasting* oferece ao usuário a possibilidade de interferir na ordem da transmissão, como na criação de listas de reprodução de músicas. Essa questão foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do Recurso Especial 1.559.264 - RJ (2013/0265464-7), relatado pelo min. Ricardo Villas Bôas Cueva, no qual foi decidido que serviços de streaming de músicas deverão pagar direitos autorais ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (Ecad).

se filia um grupo de pesquisadores comprometidos com a fundação de um novo campo de estudos, voltado a produção de conhecimento acerca de políticas de internet a partir de uma perspectiva jurídica.<sup>11</sup>

De outro lado, há juristas que entendem que a internet, por si só, não trouxe consigo mudanças significativas para o direito. Segundo essa corrente, as questões que passaram a ser enfrentadas no ambiente online não exigiriam esforços de adaptação ou reformulação do direito atual, mas apenas um esforço maior para identificação e interpretação dos problemas. A internet seria apenas uma nova roupagem para velhos problemas. O papel das cortes seria, assim, o de desnudar as questões subjacentes, de modo a identificar os pontos encobertos em disputa para aplicar os tradicionais institutos jurídicos correspondentes. Para essa corrente, defender a existência, no direito, de um campo transversal de políticas de internet com certa autonomia em relação a outros campos seria um empreendimento artificial e desnecessário, uma vez que a internet, ao fim e ao cabo, apenas coloca velhas questões em um novo contexto.<sup>12</sup>

Em ambos os casos, no entanto, ao serem confrontadas com casos envolvendo novas tecnologias, e em especial a regulação da internet, parece haver uma exigência de maior esforço deliberativo das cortes (Mendes, 2011). Para além de mudanças no ensino jurídico para adequação à sociedade informacional, e de incentivos à produção acadêmica na intersecção entre direito e tecnologia, a era digital exige também maior abertura do judiciário à participação de informantes. Nesse sentido, em casos de maior complexidade técnica, ganham relevância a figura do *amicus curiae* e a condução de audiências públicas, dois instrumentos amplamente reconhecidos pelo judiciário brasileiro que possibilitam a abertura de espaço de oitiva e participação da sociedade civil e da comunidade técnica nos processos.

No caso da primeira corrente, o argumento é mais forte. Isso porque as cortes são muitas vezes desafiadas a construir novos argumentos e a dar interpretações de certa forma inovadoras – no sentido de ineditismo, sem que isso signifique falta de observância ao texto legal –, sendo que nem sempre os operadores do direito têm à disposição todas as informações técnicas e conhecimento do campo necessários para tanto.

No entanto, essa exigência extra de participação parece estar presente mesmo se adotada uma postura mais cética em relação às transformações que novas tecnologias de comunicação e informação trouxeram para o direito. Isso porque, ainda que se tratem de velhos problemas jurídicos, com os quais

---

<sup>11</sup> No Brasil, ver juristas como Zanatta et al (2017), Antonialli (2017), Brito Cruz (2015), Ramos (2015), Valente (2013), e Lemos (2005). Na literatura internacional, alguns exemplos são Brown & Marsden (2013), Ezrachi & Stucke (2016), Benkler et al (2018), Lessig (2006).

<sup>12</sup> Um representante de tal corrente é Tomasevicius Filho (2016).

as cortes têm familiaridade e estão acostumadas a lidar, o esforço adicional de adjudicação estaria em trazer à luz essas questões, muitas vezes encobertas por camadas de roupagens técnicas, que os juizes não seriam capazes de penetrar facilmente sem o auxílio de informantes capacitados.

Um exemplo recente de disputa jurídica envolvendo questões técnicas complexas foram os casos envolvendo bloqueios de sites e aplicativos no Brasil,<sup>13</sup> que ganharam destaque no país com as decisões de juízos de primeira instância que determinaram a suspensão do WhatsApp. A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio de duas ações constitucionais propostas em maio de 2016: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 403 (ADPF 403), de relatoria do min. Edson Fachin<sup>14</sup> e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5527 (ADI 5527), de relatoria da min. Rosa Weber.<sup>15</sup>

Em novembro de 2016, um despacho dos dois ministros relatores convocou uma audiência pública conjunta para discutir questões subjacentes a ambos os processos. Os ministros relatores dos casos entenderam que esclarecimento de pontos técnicos por especialistas seria crucial para a adjudicação tanto em relação à legalidade das decisões de bloqueios, como em relação à constitucionalidade dos artigos desafiados do Marco Civil da Internet – pedidos centrais de cada caso. O caráter claramente técnico dos problemas, a complexidade das discussões travadas, e a profundidade das opiniões defendidas na audiência<sup>16</sup> deixam claro que essas seriam questões que a corte teria dificuldade para enfrentar sozinha, justificando, portanto, a ampla abertura à participação de informantes.

## 5. Conclusão

O presente capítulo buscou discutir como o advento de novas tecnologias de informação e comunicação, em particular a internet, trazem novos desafios para a teoria, o ensino, e a prática do direito. Na era digital, juristas enfrentam dificuldade para interpretação e aplicação de conceitos e teorias tradicionais do direito às questões jurídicas na era digital. O capítulo discutiu brevemente o caso do direito concorrencial como um exemplo, e a necessidade de se investigar de quais formas a defesa da concorrência deve ser adaptada para a construção de modelos explicativos mais adequados à economia digital. No entanto, questões

---

<sup>13</sup> Um panorama das informações disponíveis sobre o tema está disponível no portal [bloqueios.info](http://bloqueios.info), desenvolvido pelo InternetLab, que traz uma linha do tempo dos casos e os documentos oficiais dos processos, buscando contribuir para o debate público com dados e argumentos.

<sup>14</sup> O processo é analisado por Barros (2017).

<sup>15</sup> Abreu (2017) discute em detalhes a disputa interpretativa que permeia esse caso.

<sup>16</sup> Um resumo detalhado das posições defendidas está disponível em Abreu, Jacqueline de Souza. “Audiência Pública sobre Criptografia e Bloqueios do WhatsApp: argumentos diante do STF”, in: [bloqueios.info](http://bloqueios.info), InternetLab, 26 de junho de 2017, disponível em <http://bloqueios.info/pt/audiencia-publica-sobre-criptografia-e-bloqueios-do-whatsapp-argumentos-diante-do-stf/>.

semelhantes, nos quais há insuficiência do ferramental analítico convencional, são enfrentadas por outras áreas do direito – como o direito constitucional (questões envolvendo privacidade e liberdade de expressão), direito civil (responsabilidade de plataformas e pedidos de remoção de conteúdo), direito trabalhista (vínculo empregatício na economia do compartilhamento), entre muitos outros ramos e muitas outras questões.

Nesse cenário, este capítulo buscou apontar algumas soluções para diminuir o abismo entre a sociedade informacional e o direito. Em primeiro lugar, é preciso investir em uma formação jurídica compatível com as características da era digital. Além disso, é imperativo o fomento à pesquisa e produção acadêmica no campo, para produção de literatura atualizada. Por fim, discutiu-se como a abertura de processos decisórios para que representantes de diversos setores sejam ouvidos e apresentem subsídios às cortes pode contribuir para a tomada de decisão em casos envolvendo novas tecnologias.

## Referências

Abreu, J. de S. (2017). “Bloqueios do WhatsApp têm base legal? As disputas interpretativas e seus defensores”, in: *bloqueios.info*, InternetLab, Disponível em <http://bloqueios.info/pt/bloqueios-do-whatsapp-tem-base-legal-as-disputas-interpretativas-e-seus-defensores/>. Acesso em: 01 mar. 2018.

Antonialli, D. M., Brito Cruz, F. C., Valente, M. G. (2017). *A internet no banco dos réus: colunas selecionadas do ‘Deu nos Autos’, blog do ‘Caderno Link – O Estado de São Paulo’*. São Paulo: Editora IASP.

Antonialli, D. M. (2017). *A arquitetura da Internet e o desafio da tutela do direito à privacidade pelos Estados nacionais*. 2017. 158 p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

Barros, P.P de. (2017). “ADPF 403 no STF: Bloqueios do WhatsApp são constitucionais?” in: *bloqueios.info*, InternetLab, 18.11.2016, disponível em: <http://bloqueios.info/pt/adpf-403-no-stf-bloqueios-do-whatsapp-sao-constitucionais/>. Acesso em: 01 mar. 2018.

Benkler, Y., Faris, R., & Roberts, H. (2018). *Network Propaganda: Manipulation, Disinformation, and Radicalization in American Politics*. Oxford University Press.

Brito Cruz, F. C. (2015). *Direito, democracia e cultura digital: a experiência de elaboração legislativa do Marco Civil da Internet*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo.

Brown, I., & Marsden, C. T. (2013). *Regulating code: good governance and better regulation in the information age*. Cambridge, Mass: The MIT Press.

Cetic.br, Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (Ed.). *Tic Domicílios 2017: Pesquisa Sobre o Uso das Tecnologias de Informação e Co-*

municação nos Domicílios Brasileiros. São Paulo: nic.br, 2018. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic\\_dom\\_2017\\_livro\\_eletronico.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/tic_dom_2017_livro_eletronico.pdf). Acesso em: 01 mar. 2018.

Coutinho, D. R. (2013). O direito nas políticas públicas. Política Pública como Campo Disciplinar (Eduardo Marques e Carlos Aurélio Pimenta de Faria, orgs.). Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Unesp, Ed. Fiocruz, 181-200.

Evans, D. S., & Schmalensee, R. (2013). The antitrust analysis of multi-sided platform businesses (No. w18783). *National Bureau of Economic Research*.

Faria, J. E. (2010). *Sociologia Jurídica: Direito E Conjuntura*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva.

Faria, J. E. (2002). *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros.

Internetlab; Rede conhecimento social. (2018). Domésticas conectadas: acessos e usos de internet entre trabalhadoras domésticas em São Paulo. Disponível em: [http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/07/domesticas-conectadas\\_.pdf](http://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2018/07/domesticas-conectadas_.pdf). Acesso em: 01 mar. 2018.

Kira, B. (2019). A defesa da concorrência na era digital: desafios práticos e teóricos em face das plataformas de Internet. *Revista Direito e as Novas Tecnologias*, 2(1).

Lemos, R. (2005). *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

Lessig, L. (2006). *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*. New York: Basic Books.

Mendes, C. H. (2011). *Projeto de uma corte deliberativa*. São Paulo: Malheiros.

Page, W. H., & Lopatka, J. E. (2009). *The Microsoft case: antitrust, high technology, and consumer welfare*. Chicago: University of Chicago Press.

Ramos, P. H. S. (2015) *Arquitetura da Rede e Regulação: a neutralidade da rede no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2015.

Schumpeter, J. A. (2017). *Capitalismo, socialismo e democracia*. SciELO-Editora UNESP.

Tomasevicius Filho, E. (2016). Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo. *Estudos Avançados*, 30(86), 269-285.

Valente, M. G. (2013). *Implicações políticas e jurídicas dos direitos autorais na internet*. 2013. 204 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

Zanatta, R. A. F., Paula, P. C. B., & Kira, B. (2017). *Economias do compartilhamento e o direito*. São Paulo: Juruá.

# Poder Judiciário, regulação e concorrência:

## *uma análise dos enunciados do II FONACRE*

Clara da Mota S. Pimenta Alves<sup>1</sup>  
Pedro Felipe de Oliveira Santos<sup>2</sup>

Quais são os limites e as possibilidades de intervenção judicial na política regulatória? Essa pergunta norteou os debates do II Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação da AJUFE (Associação dos Juízes Federais do Brasil), ocorrido em Campinas, oportunidade em que juízes federais dialogaram com a academia, com entes reguladores e com entes regulados, condensando em enunciados e recomendações algumas diretrizes sobre as relações recíprocas que se estabelecem entre direito, economia e processo político-democrático<sup>3</sup>. Por óbvio, o produto desse trabalho não dispõe de eficácia vinculante nem constitui fonte formal do direito. No entanto, são proposições que pretendem incentivar os juízes a analisar criticamente a própria atuação em casos nos quais o Poder Judiciário é provocado a realizar o controle de juridicidade sobre atos regulatórios.

Nos últimos anos, um giro discursivo permitiu o avanço do debate acerca da intervenção do Poder Judiciário na regulação. A pergunta “*os juízes podem intervir nas políticas públicas regulatórias?*” foi gradativamente substituída por “*uma vez verificada quebra de juridicidade, como os juízes devem intervir nas políticas públicas regulatórias?*”. A questão da legitimidade democrática, que antes fomentava uma discussão dicotômica acerca da postura ideal e abstrata que os magistrados

<sup>1</sup> Juíza Federal. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Doutoranda em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP).

<sup>2</sup> Juiz Federal. Mestre em Direito pela Universidade de Harvard. Doutorando em Direito pela Universidade de Oxford.

<sup>3</sup> Os autores coordenaram o Grupo de Trabalho temático do FONACRE sobre “Intervenção judicial em regulação e defesa da concorrência: limites e possibilidades”. As demais Oficinas, integradas por juízas e juízes federais, versaram sobre “Poder Judiciário, regulação e *internet*”, “Arranjos institucionais do mercado de combustíveis” e “Atuação judicial e regulação do Setor elétrico”.

deveriam assumir – absenteísta ou intervencionista –, funciona atualmente mais para guiar a construção de injunções interventivas, fornecendo aos juízes parâmetros racionais de justificação e de limitação da atuação jurisdicional, a qual pode assumir maior ou menor intensidade a depender do caso concreto. Afinal, à luz de uma Constituição que assevera que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*” (art. 5º, XXXV), bem como que inclui no rol de competências desse mesmo braço estatal o controle sobre atos administrativos e legislativos, padece de consistência a visão de que posturas judiciais absenteístas consistem na resposta adequada para todo e qualquer caso.

Nesse sentido, a reflexão que a Constituição sugere não é *se* o Judiciário pode intervir, mas decerto *como*, uma vez verificado imprescindível, ele pode intervir de modo eficiente no ambiente regulatório, considerados *i*) os inúmeros outros interesses juridicamente protegidos que precisam ser justapostos, bem como *ii*) os incentivos e os desincentivos que cada intervenção, ainda que mínima, provoca no comportamento dos agentes estratégicos – empreendedores, agentes reguladores, consumidores etc. Nesse ponto, os desafios brasileiros na seara da regulação são de especial envergadura. As circunstâncias socioeconômicas estruturais peculiares dos países em desenvolvimento acentuam os dilemas práticos e teóricos sobre a justa medida a ser estabelecida entre eficiência e redistribuição<sup>4</sup>. Num país marcado por desigualdade e insuficiência de serviços públicos essenciais, faz-se necessária uma política regulatória que permita a existência de um ambiente de segurança, mas que, ao mesmo tempo, não seja infensa a questionamentos e à participação da sociedade civil, ainda que ela tenha que se manifestar através do Poder Judiciário. Não nos basta a visão *smithiana* de garantia da estabilidade e livre funcionamento dos mercados<sup>5</sup>, pois o papel do Estado entre nós se expande para a mobilização de recursos, de investimentos e de inovação<sup>6</sup>, demandando outras lógicas por parte da Justiça que não a simples reiteração de um modelo adversarial excessivamente omisso ou ativista na resolução de controvérsias.

Considerando todas essas variáveis que tensionam o debate, bem como o conteúdo das palestras e oficinas do evento<sup>7</sup>, a tônica de alguns dos enunciados

---

<sup>4</sup> Diogo Coutinho desenvolve a ideia de que não são necessariamente excludentes eficiência e equidade na atividade de regulação. Cf. *Direito e Economia Política na Regulação de Serviços Públicos*, São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>5</sup> Cf. Matthew M. Taylor, “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, *Dados* [online]. 2007, vol.50, n.2, pp.229-257.

<sup>6</sup> Apontamentos sobre as possibilidades de atuação do Estado no desenvolvimento são encontrados no texto de David Trubek, Diogo Coutinho e Mario Schapiro, “*Towards a New Law and Development: New State Activism in Brazil and the Challenge for Legal Institutions*”, 2012, Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper n.º. 1207. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2144939>.

<sup>7</sup> Foram palestrantes no II FONACRE os Professores Eduardo Gianetti da Fonseca, Diogo Rosenthal Coutinho, Ana Frazão, Mario Schapiro, Alexandre Veronese, Eduardo Magrani,



aprovados foi a de, mesmo reconhecendo a impossibilidade de definição apriorística de um parâmetro de intensidade de controle, fomentar uma intervenção mais procedimental do que substantiva, sugerindo-se às juízas e aos juizes que adotem, entre outros pontos, *i*) mecanismos de incentivo à interação interinstitucional; *ii*) mecanismos de incentivo à participação de agentes interessados que eventualmente tenham sido alijados do processo regulatório; e *iii*) mecanismos de exercício de jurisdição empiricamente informada, formando acervo dos elementos técnico-científicos que embasaram as decisões administrativas e legislativas, bem como, quando possível, colhendo indicadores que permitam ao magistrado intuir eventuais consequências de suas decisões judiciais.

A Plenária do FONACRE aprovou os seguintes enunciados a propósito do eixo temático da oficina sobre “limites e possibilidades para a intervenção judicial em regulação e concorrência”:

- 1) Embora o controle de juridicidade dos atos regulatórios não obedeça a uma parametrização fechada, o Poder Judiciário deve privilegiar intervenções procedimentais em vez de intervenções resolutivas, de modo a verificar a observância, entre outros pontos, *i*) da transparência e da publicidade das decisões administrativas, *ii*) da legitimidade e da efetiva participação dos atores juridicamente interessados, inclusive da sociedade civil, *iii*) da realização do estudo de Análise de Impacto Regulatório (AIR); e *iv*) do atendimento das balizadas legais e constitucionais autorizativas da regulação, bem como dos seus motivos determinantes”.
- 2) Sempre que possível, o Poder Judiciário deve estimular o diálogo entre os agentes reguladores e econômicos, provendo-os com os incentivos e os parâmetros de legalidade necessários para que corrijam a juridicidade violada, inclusive mediante a adoção de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias.
- 3) O Poder Judiciário deve deferir tutelas que restabeçam a juridicidade violada com o menor grau de impacto interventivo possível, também atentando para as consequências políticas, econômicas e concorrenciais de suas decisões.
- 4) O Poder Judiciário deve primar pelo controle de juridicidade empiricamente informado, incentivando as partes e terceiros interessados a apresentarem dados técnicos e científicos que subsidiem a verificação lógica entre as premissas, as metodologias e as conclusões que embasam os atos regulatórios.
- 5) O Poder Judiciário deverá prestigiar a participação dos agentes reguladores e econômicos, seja convocando audiências públicas, seja

---

Beatriz Kira, Márcio Luiz Freitas, Carlos Ragazzo, Hélio Robeschimi, Luciano Godoy, Dirceu Amorelli e André Pepitoni **Nóbrega**.

convidando terceiros interessados para integrar a lide na condição de *amicus curiae*, entre outras medidas que promovam a ampliação democrática do debate.

Em suma, esses enunciados conduzem os magistrados a três diretrizes gerais.

Primeiro, sob a perspectiva da separação de poderes e da impossibilidade de o Poder Judiciário se substituir ao agente regulador, os enunciados evidenciam a preocupação com o *iter* percorrido pelo regulador para alcançar as suas conclusões. Foram ouvidas as partes interessadas, assegurando-se um processo administrativo transparente e público? Foi realizada a adequada análise do impacto regulatório? Essas perguntas ganharam, através das propostas, uma conotação mais prática e procedimentalizada.

Segundo, sem impor o *consequencialismo* como vetor prioritário de julgamento, as propostas incentivam que seja adotada a forma de intervenção judicial que apresente menor impacto dentre as juridicamente possíveis, bem como que sejam mensuradas as consequências das decisões judiciais, na linha preconizada pelos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Terceiro, a despeito de a sugestão prioritária direcionar o magistrado para intervenções procedimentais, o Poder Judiciário não deve se furtar de aplicar intervenções substantivas e resolutivas sempre que o restabelecimento da juridicidade violada assim o exigir, especialmente quando perceber que todas as demais soluções juridicamente possíveis são ineficientes. Não havendo fórmula universal para o controle dos atos administrativos, o grau e a substância da intervenção judicial são definidos pelo compromisso do Poder Judiciário de garantir a normatividade do ordenamento jurídico e a efetividade dos direitos fundamentais.

Além dos enunciados, foram aprovadas duas recomendações. Primeiro, recomendou-se a circulação entre os juízes da publicação “Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório (AIR)”, editado pela Casa Civil da Presidência da República. Segundo, recomendou-se a promoção de treinamentos pelas escolas de magistratura envolvendo temas de regulação, economia e concorrência.

As conclusões extraídas dos debates do II FONACRE foram resumidas pela “Carta de Campinas”, que, além de ressaltar a importância do respeito aos direitos fundamentais e à independência dos poderes, reafirmou o papel do Poder Judiciário como co-partícipe essencial para a construção de relações econômicas éticas, livres e eficientes.

## Links

Link para a íntegra dos enunciados: <https://www.ajufe.org.br/fonacre>

Link para a Carta de Campinas: <https://www.ajufe.org.br/fonacre/10879-ii-fonacre>

# Decisões do CADE e controle judicial<sup>1</sup>

*Gabriel Nogueira Dias*  
*Cristiano Rodrigo Del Debbio*<sup>2\*</sup>

## 1. Introdução

Após mais de vinte anos da promulgação da Lei n.º 8.884/94, que, impulsionada pelos ventos político-econômicos de um novo tempo e uma atuação contínua do CADE, desencadeou uma verdadeira revolução antitruste<sup>3</sup> no Bra-

---

<sup>1</sup> Uma versão mais ampla deste texto foi previamente publicada em *Processo Societário*, Vol. II, Coord. Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira; Quartier Latin/ Atlântico Pacífico, 2015.

<sup>2</sup> Gabriel Nogueira Dias é advogado, mestre e doutor pela Universidade de Bonn (Alemanha). Cristiano Rodrigo Del Debbio é advogado e mestre pelas Universidades de São Paulo e de Chicago (EUA).

<sup>3</sup> A despeito de todos os inegáveis méritos e esforços institucionais daqueles que fizeram parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE ao longo dos últimos 20 anos, seria incorreto olvidar os elementos econômicos e sociais que, igualmente em notável medida, impulsionaram tal avanço. Do ponto de vista puramente normativo, a lei concorrencial brasileira da década de 60 (Lei 4.137/62) já recepcionava os ditames mais centrais à persecução concorrencial. A norma chegou, porém, antes da liberdade e do mercado. Seguindo os passos do clássico de Karl Popper em “*The Open Society and its Enemies*” (1945), não é, portanto, uma coincidência que a defesa da concorrência no Brasil tenha seu compasso marcado diretamente pelo reencontro do País com os caminhos da democracia e estabilização econômica. Nesse sentido, interessante e acertada a análise da economista e ex-presidente do CADE, Elizabeth Farina sobre a evolução da defesa da concorrência no Brasil: “Mas porque o nome de Revolução? Um estudo retrospectivo da defesa da concorrência no Brasil mostra que ela faz parte de um longo processo de mudanças institucionais que se estendeu por mais de quarenta anos, sem que houvesse uma alteração brusca e significativa, como o nome “revolução” em geral sugere. O que mudou nos anos 1990 e levou à alteração da Lei 4.137/62, que criou o CADE, foi uma redefinição do papel do Estado na economia brasileira e o fortalecimento dos mecanismos de mercado na orientação do uso dos recursos econômicos. (...) É dentro desse novo contexto que a Lei 8884/94 veio inaugurar a fase “moderna” de defesa da concorrência no Brasil, conferindo independência ao CADE e introduzindo o controle de atos de concentração” (*Revolução Antitruste no Brasil – a teoria econômica aplicada a casos concretos 2*, coord. C. Matos, Ed. Singular, 2008, p. 9).

sil, chegou a hora do Poder Judiciário<sup>4</sup>. Na mesma velocidade, talvez, do grau de severidade – e publicidade<sup>5</sup> – das decisões administrativas, os sancionados pelo hoje chamado Tribunal do CADE passaram a buscar, mais e mais, seu *day in court*. E se à luz do artigo 5º XXXV da CF e dos usos e costumes, nem administrados, nem magistrados furtam-se à jurisdição, o até então imaculado processo administrativo de natureza concorrencial dessacralizou-se definitivamente, ali mesmo no balcão do protocolo da justiça federal.

O presente artigo nasce, pois, em contexto peculiar e não pacificado, passível de ter sua conformação tremendamente alterada por questões fenotípicas. Com tal ressalva, as linhas que seguem propõem-se a tecer considerações sobre a revisão judicial das decisões do CADE em processos administrativos, ainda que sem a pretensão de esgotar o tema. O objetivo aqui é duplo e, por assim dizer, com ares psicanalíticos: fustigar a discussão do relacionamento do Judiciário com as decisões CADE, tanto quanto da Autarquia com a Jurisdição, haja vista seus comandos cassatórios e/ou confirmatórios. Apenas – acredita-se – através deste movimento reflexivo, calcado no diálogo franco e azeitado entre essas duas

---

<sup>4</sup> De acordo com os relatórios anuais do CADE, o número de ações, recursos e incidentes envolvendo o Conselho, entre os anos de 1994 a 2010, cresceu exponencialmente. De sete ações, em 1994, para 480 – um número recorde – em 2007. Não obstante a queda no número de ações nos anos subsequentes (que pode ser atribuída à disseminação dos Termos de Compromisso de Cessação entre administrados e a Autoridade Antitruste), em 2017 foram propostas 79 ações contra o Conselho, número mais de dez vezes superior ao de 1994. (cf. CADE. Relatório de Gestão do Exercício de 2017. p. 80. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2017/relatorio-de-gestao-2017-1.pdf>. Acesso em 28.02.2019).

<sup>5</sup> Não são raras as notícias comentando o rigor das condenações do CADE, cujo valor experimentou sensível escalada ao longo dos últimos anos. Verdadeiro divisor de águas, o julgamento do chamado “Cartel das Britas” ensejou a aplicação de multa às representadas da ordem de 60 milhões de reais, com repercussão não apenas por ocasião do julgamento, mas também quando de sua discussão no Judiciário (cf. CADE Notícias. Cartel das Britas: Justiça confirma condenação do CADE em relação à Basalto. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f044d226ff15eb37c371c39ca9>. Acesso em 04.09.2014). O julgamento do chamado “Cartel dos Gases Hospitalares” foi também alvo de ampla divulgação, nacional e internacionalmente, com sanções que, em conjunto, atingiram mais de 3 bilhões de reais (cf. O Globo. CADE impõe multa recorde em cartel de gases industriais. 04.11.2011. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/correcao-cade-impoe-multa-recorde-em-cartel-de-gases-industriais-2957671>. Acesso em 04.09.2014). Menciona-se, ainda, o julgamento do chamado “Cartel dos Cimentos” que obteve ampla cobertura na imprensa, tendo sido noticiada com estrondosa repercussão a “multa inédita de mais de R\$ 3,1 bi” (cf. Valor Econômico. CADE aplica multa inédita de R\$ 3,1 bi a cartel do cimento. 23.01.2014. Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/3404276/cade-aplica-multa-inedita-de-r-31-bi-cartel-do-cimento>; Estrelas para o CADE no cartel do cimento. 24.03.2014. Disponível em <http://www.valor.com.br/opiniao/3490644/estrelas-para-o-cade-no-cartel-do-cimento>; Cartel dos Cimentos sob mais pressão. 02.04.2014. Acesso de todas as notícias em 04.09.2014). Por fim, mais recentemente, o julgamento do chamado “Cartel do Sal” envolveu multas que somavam mais de R\$ 289 milhões (Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/participantes-do-cartel-do-sal-sao-multados-em-mais-de-r-289-milhoes>. Acesso em 28.02.2019).

esferas de poder, é que teremos instituições cada vez mais prontas ao exercício pleno de suas competências, em benefício do bem comum<sup>6</sup>.

## 2. A importância do controle judicial das decisões do CADE

Assim, e antes de mais nada, para que o tema possa ser situado em seu devido contexto, cabe ressaltar que a possibilidade de se submeter ao Judiciário os atos e decisões do CADE é decorrência direta do art. 5.º, inc. XXXV, da Constituição Federal, que solenemente assegura a todos a inafastabilidade da tutela jurisdicional<sup>7</sup>. Embora possa haver alguma controvérsia sobre eventuais limites à cognição do magistrado na avaliação do caso concreto (infra n.º 3), não há e nem pode haver dúvida de que as decisões do Conselho não são imunes ao controle judicial. O administrado sempre pode levá-las a Juízo<sup>8</sup>, inclusive a fim de obter sua imediata suspensão, se for essa a providência adequada e necessária à preservação de seu direito<sup>9</sup>. Tal garantia está firmemente enraizada na Constituição Federal, como cláusula pétrea, não podendo ser suprimida, nem restringida, nem mesmo por Emenda Constitucional (CF, art. 60, §4º).

E é saudável que assim seja. Em primeiro lugar, nunca é demais lembrar que o Judiciário integra, sim, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Por mais que se queira tergiversar sobre o tema, tecnicamente CADE e defesa

---

<sup>6</sup> Em tempos de pós-modernidade, a idéia de bem comum parece ter se banalizado. Não nos cabe retomá-la nesse artigo. Para os seus fins, ficaríamos satisfeitos se “bem comum” fosse aqui simplesmente aceito como busca de uma espécie de “Verfassungspatriotismus” (Patriotismo Constitucional) ao melhor estilo Habermasiano (v. J. Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität*, in: *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992).

<sup>7</sup> A primeira consequência do princípio da inafastabilidade do controle judiciário é que o Poder Legislativo não pode suprimir ou restringir a atividade judiciária; a segunda, é a obrigatoriedade de observar-se, sempre, o devido processo legal (Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de processo civil*, p. 15-19). No mesmo sentido: “Segundo a CF 5º, XXXV, ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador nem ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão” (Nelson Nery Junior, *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, São Paulo, RT, 2009, p. 170).

<sup>8</sup> “Por força do preceito constitucional consagrador do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5. Inc. XXXV, da Constituição Federal) inestimável salvaguarda dos direitos individuais, poderá o condenado pelo CADE pleitear, sempre, o controle judicial do ato administrativo representado pela decisão final adversa que repare ilegal” (cf. José Inácio Franceschini, *Roteiro do processo penal econômico da concorrência*, p. 57).

<sup>9</sup> “Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio. Quanto a tutela adequada para o jurisdicionado for medida urgente, o juiz, preenchidos os requisitos legais, tem de concedê-la, independentemente de haver lei autorizando, ou, ainda, que haja lei proibindo a tutela urgente” (cf. Nelson Nery Jr, *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, São Paulo, RT, 2009, p. 174).

da concorrência não são sinônimos: a despeito de sua proeminência, o Conselho não detém o monopólio da defesa da concorrência, pois há diversas outras instituições com papel acentuado na aplicação do direito antitruste<sup>10</sup>. Para ficar apenas em um apanhado geral, note-se que as demais agências reguladoras têm igualmente o dever de zelar pela livre competição. O Ministério Público, por sua vez, também exerce duplamente essa defesa: diretamente, quando zela pelo direito transindividual da concorrência e, indiretamente, quando protege determinados direitos dos consumidores. Aliás, é decisiva a atuação dos Parquets estaduais na fiscalização da competição nos municípios mais distantes, em geral muito fora do radar do CADE<sup>11</sup>. Por fim, mesmo os particulares alcançam substancial parcela de contribuição a partir de ações individuais ou de reparação de danos decorrentes de infração à ordem econômica<sup>12</sup>. Neste cenário, o Judiciário naturalmente assume um papel proeminente no sistema de defesa da concorrência, sabido que, como dito, é dele a palavra final sobre todo e qualquer conflito – inclusive os que envolvem a aplicação da lei antitruste<sup>13</sup>.

Como parte do SBDC, o Judiciário tem a relevante função de proteger as garantias individuais e direitos fundamentais dos administrados, conferir a correta interpretação e aplicação do direito – propiciando uniformidade e, sobretudo, segurança aos administrados – e, ainda, concretizar a política pública de defesa da concorrência, seja, d’um lado, dando curso à execução forçada das decisões do Conselho<sup>14</sup> (função legitimadora), seja, d’outro, permitindo operações que

<sup>10</sup> Como já disse o STJ, a atuação do CADE “jamais eliminou a possibilidade do public enforcement autônomo e independente – realizado por órgãos do Poder Judiciário, por meio de Ações Civas Públicas amparadas na Lei 7.347/1985 e Ações Penais fundadas na Lei 8.137/1990, especialmente em casos de cartéis –, tampouco do private enforcement, pelo qual concorrentes podem buscar tutelas cominatórias e indenizações por danos sofridos em decorrência de condutas anticompetitivas” (STJ, RE nos EDcl no REsp n.º 1.181.643, Rel. Min. Felix Fischer).

<sup>11</sup> Sobre a atuação no Ministério Público na defesa da concorrência, confira-se Gerson Luís Albrecht Anversa, *A defesa da Concorrência no Brasil: experiência histórica, fundamentos teóricos e ação do Ministério Público Federal*, Mestrado, Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS, 2004.

<sup>12</sup> “O recorrente pode (e deve) sempre que entender cabível, acionar o Judiciário para combater estas espécies de condutas lesivas à ordem econômica, independentemente da atuação administrativa do CADE. Isto em razão do que dispõe o próprio art. 5, inc. XXXV, da Constituição da República” (STJ, REsp. n.º 650.892, Rel. Min. Mauro Campbell Marques).

<sup>13</sup> “É ao Judiciário que cabe, em última instância, a aplicação da lei antitruste, considerando o inarredável sistema pátrio da jurisdição judicial única. O amadurecimento dos critérios e hipóteses previstas na legislação específica da concorrência depende não somente do debate no âmbito dos órgãos responsáveis pela jurisdição administrativa mas especialmente do intercâmbio exegético entre autoridades administrativas e judiciárias” (cf. Fernando de Magalhães Furlan, *A aplicação das leis antitruste no Poder judiciário brasileiro*, p. 335).

<sup>14</sup> Nas palavras de Bruno Burini, “A decisão de cunho condenatório proferida pelo plenário do CADE, no exercício da função administrativa judicante, de per se, não tem o condão de oferecer uma tutela plena na direta defesa institucional e reflexa defesa dos consumidores – da

não deveriam ter sido barradas ou restabelecendo condutas que não poderiam ter sido reprimidas (função cassatória).

Ainda no tocante à concretização da tutela da concorrência, o Judiciário tem papel fundamental nas ações de reparação de danos – não apenas aqueles causados por cartel, mas também por qualquer outro abuso de poder ou infração à Ordem Econômica – tarefa que sabidamente se encontra fora da competência do Conselho e que não está vinculada ou precisa aguardar qualquer pronunciamento da autarquia<sup>15</sup>. A atuação do CADE, nada obstante sua importância, não condiciona<sup>16</sup> nem inibe a análise judicial<sup>17</sup>. O Judiciário não pode, apenas, aplicar em primeira mão as sanções administrativas previstas na Lei antitruste (art. 36)<sup>18</sup> – embora, como dito, seja seu papel fundamental, se provocado, revisá-las.

No tocante à proteção dos direitos e garantias individuais, resta acima de qualquer dúvida a essencialidade do Judiciário, notadamente no cenário atual,

---

mesma forma que outros processos igualmente jurisdicionais. Porém, se agregada à atividade jurisdicional, produz sensações positivas que serão sentidas por indivíduos. Mas, de fato, no exercício da função administrativa judicante, o CADE exerce apenas o poder coercitivo, mas não o subrogatório para cumprimento de suas decisões, precisando valer-se do Poder Judiciário para efetivar seus comandos. Dessa forma, é inegável que em determinadas situações, a tutela oferecida pelo CADE não é plena” (cf. Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista, Mestrado USP – São Paulo, 2010), p. 38, nota 85)

<sup>15</sup> “Realmente, em nosso sistema jurídico-constitucional não se há oportunidade para contestar a supremacia da atividade jurisdicional em relação aos julgamentos e às decisões provenientes da Administração, eis que os efeitos da coisa julgada só dimanam dos órgãos judiciários. Foi o que o legislador constituinte impôs ao não reverenciar o contencioso administrativo. Mesmo ponderando a importância e a magnitude do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, a decisão dele proveniente não produz o comprometimento da análise judicial, sobretudo ante os parâmetros legais. É que a diversidade dos fatos e das avaliações, tendo finalidade disforme (aplicar multa e aplicar pena), nos compele dizer que o convencimento de uma e de outra órbita possa sustentar-se por pilares diferentes, onde a visualização da conduta e suas conseqüências perfaçam caminhos antagônicos.” (voto do Min. Arnaldo da Fonseca, no HC n.º 42.305/RS). Nada impede, no entanto, que o Judiciário reconheça a autoridade e expertise do CADE, para orientar suas decisões (STJ, MC 009705, Rel. Min. Passarinho Jr).

<sup>16</sup> “Importante sinalar a independência entre as esferas administrativa e judicial no ordenamento jurídico, de tal forma que eventual decisão proferida pelo CADE não vincula este juízo, especialmente se a referida decisão (trazida à colação pelas apelantes Cia Ultragaz S/A e SPGÁS Distribuidora de Gás Ltda.) foi proferida em averiguação preliminar. Dito isso, a referida decisão não pode se opor à instrução desta Ação Civil Pública que obedeceu a todos os princípios afetos ao devido processo legal.” (TJRS, Ap. n.º 5021730-87.2011.404.7100/RS, Rel. Des. Quadros da Silva)

<sup>17</sup> “Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE) não inibe a intervenção do Judiciário in casu, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, a fortiori, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.” (STJ, AGRMC n.º 8791, Rel. Min. Fux).

<sup>18</sup> Nery Jr., Código de Processo Civil Comentado e Legislação extravagante, 12 ed. RT, p. 204.

em que polícia, Ministério Público e CADE, isoladamente ou em conjunto, lançam mão de expedientes investigativos cada vez mais invasivos<sup>19</sup> e que serão empregados para embasar multas pecuniárias cada vez mais pesadas<sup>20</sup>. A esse propósito, goza de consenso na doutrina o entendimento de que as sanções aplicadas pela Administração, nada obstante tenham o rótulo “administrativo”, são inequivocamente sanções penais<sup>21</sup>, cuja imposição exige elevado grau de segurança e a observância do devido processo legal – entendimento este secundado pela jurisprudência<sup>22</sup>.

Some-se a isso a crescente disposição das autoridades concorrenciais de buscar a responsabilização também das pessoas físicas porventura envolvidas na

---

<sup>19</sup> Entre 2012 e 2017 – ou seja, após o advento da nova lei – foram realizadas 19 buscas e apreensões pela Superintendência Geral do CADE.

<sup>20</sup> No decorrer dos últimos anos, o CADE vem adotando uma postura mais rigorosa perante casos de prática de infração à ordem econômica, aumentando o valor das multas aplicadas, principalmente em casos de cartel. Em 2009, o Conselho aplicou à AmBev multa de R\$ 352,7 milhões por celebrar contratos de exclusividade com pontos de vendas, batizado de programa “Tô Contigo”, sendo a maior multa até então aplicada pelo órgão. Outros exemplos que confirmam o maior rigor no combate aos cartéis, são as condenações de empresas e pessoas físicas pela formação do chamado “Cartel dos Gases” em 2010, com aplicação de multa no valor total de R\$ 2,5 bilhões de reais; além da imposição de multa total no valor de R\$ 3,1 bilhões no julgamento do “Cartel do Cimento” em 2014; e multa de R\$ 289 milhões imposta às empresas e pessoas físicas envolvidas no chamado “Cartel do Sal” em 2018. V. nota n.º 3.

<sup>21</sup> A doutrina administrativa reconhece em peso o caráter penal das sanções administrativas. Por todos, confira-se: Marçal Justen Filho, Curso de direito administrativo, 2005, p. 398. Especificamente no âmbito do direito concorrencial, Franceschini reconhece natureza penal à investigação e sanção do CADE (Roteiro do Processo Penal-Econômico na Legislação de Concorrência. Revista do IBRAC. v. 5. n. 10. São Paulo, 1998.). Salomão Filho reluta em reconhecer natureza penal às sanções previstas na lei antitruste (Direito concorrencial: as condutas, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 332). Embora não reconhecendo expressamente a natureza penal da sanção, Burini escreveu que “se não é possível aproximar em termos absolutos o processo administrativo de apuração de conduta do processo civil ou do penal, não há grande drama nisso. Dadas as particularidades estruturais e do próprio processo de apuração de conduta, parece mais razoável fugir de uma vã tentativa de encapsular o processo segundo o que se faz nesta ou naquela esfera, sendo mais razoável a idéia de permeabilidade e comunicação entre todos os tipos existentes, respeitados os ditames da teoria geral do processo e as necessidades do direito material em discussão” (Processo administrativo de apuração de conduta anticoncorrencial: perspectiva instrumentalista, Mestrado USP – São Paulo, 2010, p. 99)

<sup>22</sup> “A punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal” (STJ, REsp 19.560-0, Rel. Min. Gomes de Barros). Como o STF já decidiu em diferentes oportunidades, a não observância do devido processo legal pela Administração é hipótese de exercício arbitrário do poder, viola a Constituição e conduz à invalidade do ato praticado: STF, DJ 20 set. 2002, AgR 241201/SC, Rel. Min. Celso de Mello: “O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal”.



infração à ordem econômica investigada, o que traz para o processo a necessidade de cuidados adicionais para a devida proteção dos chamados direitos humanos<sup>23</sup>. Não se pode esquecer que as premissas e conclusões do CADE, nada obstante não sejam vinculantes, podem influenciar profundamente o rumo de investigações e ações penais<sup>24</sup>. A proteção aos direitos e garantias individuais, cabe ainda apontar, não se esgota na seara dos processos de apuração de infração antitruste. Sabido que a propriedade, livre iniciativa e livre concorrência são também valores caros ao sistema, o Judiciário atua igualmente em sua defesa quando analisa decisões tomadas pelo Conselho no âmbito do controle de atos de concentração, haja vista que a proibição de uma decisão ou estratégia de negócios lícita e conforme o direito é, também em si, um grave prejuízo a direitos fundamentais.

O Judiciário, por fim, tem ainda a relevante missão de assegurar a correta aplicação da Lei da concorrência, interpretando-a nos termos do texto legal e também no contexto de outras fontes normativas e políticas públicas da Administração. Se é verdade que a extraordinária expertise do CADE com a matéria concorrencial assegura uma análise profunda das questões, justamente esse contato mais próximo com a matéria pode distraí-lo de outros objetivos e anseios do sistema, tão ou mais relevantes do que a política antitruste<sup>25</sup>. A “religião do antitruste” há muito prega no deserto. A defesa da concorrência deve ser aplicada sim, mas com a cautela de não interferir nas demais políticas públicas incentivadas pelo Estado, o que, em alguns casos, pode trazer mais danos do que benefícios à sociedade<sup>26</sup>. Cada mercado apresenta inúmeras facetas,

---

<sup>23</sup> Nada obstante também se possa falar, modernamente, em proteção de garantias fundamentais e talvez até mesmo “direitos humanos” das companhias. Para extensa discussão nesse sentido, confira-se: M. Emberland, *The human rights of companies: exploring the structure of ECHR Protection*, Oxford University Press (2006). De todo modo, o envolvimento de pessoas físicas requer cuidados adicionais com a exposição e publicidade do caso, e com a garantia do contraditório e ampla defesa. Pessoas físicas raramente são litigantes tradicionais, ou dispõem da mesma facilidade que as pessoas jurídicas para mobilizarem os recursos necessários para uma adequada defesa no âmbito do CADE. Cabe lembrar que não são apenas os diretores de multinacionais que podem enfrentar semelhantes acusações: secretárias, vendedores e funcionários administrativos de menor hierarquia também têm sido alvo de investigações.

<sup>24</sup> Nesse sentido, STJ, HC n.º 020555, Rel. Min. Arnaldo da Fonseca, suspendendo curso de ação penal por infração ao art. 4.º da Lei 8137/90, em razão de decisão do CADE pela inexistência de indícios de violação à ordem econômica. Embora não seja vinculante, vem-se formando expressiva voz na doutrina penalista apontando que, se não há infração à ordem econômica em âmbito administrativo, não deve haver também punição penal.

<sup>25</sup> “Como qualquer política pública, a política de defesa da concorrência é parcial, limitada e deve ser estruturada de forma a poder cooperar com outras políticas públicas, tão ou mais importantes para a população” (G. Bercovici, parecer inédito, Defesa da concorrência e proteção à propriedade intelectual – compatibilização entre a política concorrencial e as demais políticas públicas – limites e possibilidades da política de defesa da concorrência sob a Constituição de 1988 – p. 65).

<sup>26</sup> Bercovici, parecer inédito, A política pública de defesa da concorrência e seus limites: ausência de potencial ilicitude em contratos de exclusividade de merchandising e a proteção da con-

e temas como saúde, desenvolvimento da indústria, proteção à propriedade intelectual, combate à pirataria – muitos deles alvo de complexa regulação e normas próprias – precisam ser devidamente equacionados para que se encontre a solução adequada para todo o sistema (e não só para a concorrência), sendo, portanto, saudável que haja uma autoridade mais distante, i.e. o Poder Judiciário, para avaliar se a decisão do CADE está em harmonia com o quadro maior.

Tem sido apontada, ainda a esse propósito, a necessidade de manutenção de um constante sistema de checks and balances para as autoridades de defesa da concorrência, de sorte a impedir que a prática do dia-a-dia acabe por desfigurar o processo idealizado pelo legislador. Recentes manifestações da doutrina estrangeira vêm criticando o surgimento, na comissão Européia, do que chamam *shadow procedures*, isto é, práticas que, nada obstante correndo quase que à margem da Lei e do Tratado, acabam ficando fora do alcance do Judiciário. Mais especificamente, acordos de colaboração conduzidos fora dos parâmetros adequados, uso de prova ilegal ou adoção de baixos standards de prova e fundamentação para abertura de investigações, têm forçado as partes a soluções negociadas (em grande parte, para evitar as danosas repercussões que a própria instauração da investigação causa à imagem e atividades dos envolvidos). A falta de revisão judicial sobre essas questões tem como resultado o estímulo à sua reiteração, fazendo com que a realidade do dia a dia na agência antitruste acabe a léguas de distância do previsto na Lei<sup>27</sup>. Há, ainda, uma preocupação cada vez maior com o fato de que a própria organização daquela agência antitruste – que, tal como o CADE, acusa, investiga e julga ao mesmo tempo – possa, em certos casos, levá-la a uma atuação tendenciosa ou parcial<sup>28</sup>. Desse modo,

---

fiança nas relações entre particulares e a administração pública. (Conselho Administrativo de Defesa econômica. Processo Administrativo nº 08012.003921/2005-10. Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis).

<sup>27</sup> Confirma-se, nesse sentido, Nicolas Petit, *Public and private enforcement of EU Competition Law* apresentação de 28 de março de 2013 em Ghent University: <http://antitrustlair.files.wordpress.com/2013/03/lecture-gent-29-march-2013-public-and-private-enforcement-of-competition-law-n-petit1.pdf>.

<sup>28</sup> J.Vennit, *Human All too Human: The gathering and assessment of evidence and the appropriate Standard of Proof and judicial Review in Commission Enforcement Proceedings Applying Articles 81 and 82 in Claus Dieter Ehlermann and Mel Marquis, Eds, European Competition Law Annual 2009: Evaluation of Evidence and Judicial Review in Competition Cases*, Hart Publishing. Em pelo menos um caso extremo, soube-se que a Comissão adulterou a prova dos autos administrativos – sobre o qual apenas ela tem controle – para fazer prevalecer sua versão dos fatos acerca da existência de um suposto cartel (*Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA and PPG Vernante Pennitalia SpA v Commission of the European Communities*. Joined cases T-68/89, T-77/89 and T-78/89). Conforme constou da decisão judicial que anulou a multa aplicada pela Comissão Européia, em razão de suposto cartel no mercado de vidros: “it emerges from the inquiry carried out by the Court that when the Commission prepared the documentary evidence with a view to communications to the undertakings, certain relevant passages were deliberately delete or omitted, even though they did not relate

passa a ser relevante, para a própria administração e segurança do sistema, que os seus procedimentos e decisões sejam continuamente testados no Judiciário, ainda que seja para os tribunais confirmarem o seu acerto<sup>29</sup>.

### 3. A revisão judicial das decisões do CADE

À luz dessa relevante missão do Judiciário de garantir a proteção dos direitos individuais e assegurar a correta interpretação do direito, a jurisprudência e doutrina já vinham colocando ao largo a idéia de que os atos administrativos seriam insindicáveis, fora do alcance dos Tribunais, porque escudados em uma alegada “discricionariedade” – cujo conceito sempre se mostrou, ao menos na discussão do caso a caso, um tanto quanto difícil de concretizar seus limites. Especificamente com relação ao CADE, a possibilidade de ampla revisão de suas decisões em juízo já havia sido declarada pelo extinto Tribunal Federal de Recursos<sup>30</sup>. Naturalmente, com o advento da Lei n.º 8.884/94, não foram poucas as vezes que, animadas em conferir força ainda maior ao CADE, pregaram em favor de uma redução da possibilidade de controle de suas decisões pelo Poder Judiciário. Para além do caráter supostamente discricionário dos julgamentos da Administração, argumentou-se que os tribunais não teriam conhecimento técnico suficiente para avaliar as complexas questões econômicas, pelo que deveria o Conselho restar como Juízo supremo sobre o tema<sup>31</sup>.

---

to business secrets. In particular, nine words were deleted without trace in a handwritten note” (...) it is self evident and indisputable that the tenor of the note is changed completely by the omission of those nine words. With those nine words the note could be taken as clear evidence of a competitive struggle between SIV and FP on the one hand and VP on the other. At the hearing, the Commission tried in vain to supply an objectively justifiable reason for the deletion of those words”).

<sup>29</sup> Não nos parece, com a devida vênia, que a revisão represente em alguma medida desprestígio à autoridade do órgão. Pelo contrário “a sociedade estaria – isto sim – gravemente prejudicada, se as decisões dos juízes ou tribunais estivessem submetidas à manutenção do prestígio desse ou daquele órgão, como gostaria a requerente” (STJ, SS n.º 940, Rel. Min. Costa Leite). Ademais, é sabido que a possibilidade de revisão das decisões do Poder Público – em âmbito judicial ou administrativo – exerce uma relevante função pacificadora no sistema. A manutenção de um “duplo grau de jurisdição”, que, no CADE, acaba representado pela possibilidade de recurso ao Judiciário atende assim a um importante escopo político (Antonio Carlos Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria geral do processo, São Paulo: RT).

<sup>30</sup> “Abuso do poder econômico. Sanção. Controle judicial. As decisões do CADE, embora tenham caráter parajudicial, não passam de ato administrativo, encontrando-se sujeitas, portanto, a controle judicial. O Poder Judiciário não transborda de suas funções quando confere a veracidade e a qualificação legal dos motivos do ato administrativo. Caso em que não se pode ter por configuradas as infrações enumeradas no aludido ato” (TRF, Ap. n.º 56.276, Rel. Min. Ilmar Galvão). Nesse caso, o Judiciário não teve dificuldades em revisar largamente os fatos e provas do caso, inclusive a interpretação jurídica que havia sido dada aos fatos pelo CADE.

<sup>31</sup> Fica desde logo descartada a objeção de que o Judiciário não teria especialização para apreciar as decisões do CADE. Com efeito, “todo o juiz poderá tornar-se um perito em matéria de concorrência, desde que tenha oportunidades para desenvolver sua capacidade de compreensão.

A história tratou de colocar tal posicionamento em suspenso. A doutrina tem reconhecido seguidamente o caráter vinculado dos atos do Conselho, tanto no tocante à aprovação de atos de concentração quanto – e especialmente – no que toca às sanções; caráter esse que não fica afastado pelo fato de a lei, em alguns dispositivos, ter se valido de conceitos indeterminados<sup>32</sup>. Note-se, ainda, que o CADE, a rigor, não tem liberdade para criar e definir políticas públicas da concorrência, mas sim o dever de aplicar as normas previamente traçadas pelo legislador, o que igualmente reduz o âmbito de “discricionariedade” da sua atuação; se há política pública a ser aplicada, ela já resta definida normativamente. A eventual necessidade de realizar juízos técnicos, em suas decisões, também não pode nem deve impedir o Judiciário de fiscalizar as premissas e conclusões adotadas pelo Conselho<sup>33</sup>, pelo contrário. O juiz deve, se necessário, sindicá-los inclusive, como dito, mediante a produção de prova técnica<sup>34</sup>.

Cabe lembrar que, em seus julgamentos, o CADE realiza juízos sobre fatos, sobre o direito e sobre questões técnicas (que em geral se revelam como questões mistas). Todas elas comportam revisão pelo Judiciário. No tocante a questões predominantemente de fato<sup>35</sup>, parece não haver dúvida, mesmo entre aqueles que tencionam restringir a atuação dos tribunais, que o juiz tem ampla liberdade para analisar a decisão tomada pelo Conselho<sup>36</sup>. Da mesma forma, pode o juiz proceder a ampla revisão das questões predominantemente de

---

A falta de perícia é preenchida por bons assistentes técnicos” (A. Fonseca, Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial, Revista do IBRAC, p. 29).

<sup>32</sup> “Os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei 8884/94, enfim, não conferem ao CADE plena discricionariedade, porque, em se tratando de conceitos da experiência, não há liberdade na sua definição, sendo determináveis mediante processo interpretativo. E ainda que alguns desses conceitos venham a ser considerados conceitos de valor, isso não significa total liberdade, já que a sua definição deve ser buscada com a aplicação do princípio da razoabilidade” (E. Teixeira, Controle judicial das decisões do CADE, IBRAC, p. 186).

<sup>33</sup> “Submeter a livre iniciativa, direito subjetivo fundamental, a uma discricionariedade, a um juízo de conveniência e oportunidade com base técnica, é submeter a liberdade à tirania da técnica, à tecnocracia” (Sampaio Ferraz, Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração, Revista do IBRAC, p. 89).

<sup>34</sup> “É dever do juiz apreciar a solidez dos critérios técnicos que deram ensejo à decisão, valendo-se quando necessário, de peritos no assunto” (E. Teixeira, Controle judicial das decisões do CADE, Revista do IBRAC, p. 186).

<sup>35</sup> Em sua formulação mais simples e didática, “Questão de fato é aquela que responde o seguinte: quem, quando, o que e onde” (D. Knijnik, O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça, Forense, p. 162).

<sup>36</sup> Nesse sentido, decidir se houve ou não uma reunião em determinado dia, se o email foi ou não enviado da caixa postal do representado (e qual seu conteúdo), se na gravação telefônica os diálogos um tanto ambíguos dos representados realmente era um código para um cartel são questões sobre as quais não cabe falar, nem em tese, em discricionariedade ou juízo técnico do Conselho.

direito, relativas a interpretação e aplicação da norma<sup>37</sup>. Por fim, o mesmo se aplica aos julgamentos do CADE que envolvam decisões sobre questões mistas. Por exemplo, a avaliação da existência de barreiras à entrada, que abarca tanto um juízo de fato, “histórico”, sobre o custo e tempo médio para abertura de um novo negócio, quanto um juízo de direito, “valorativo”, sobre a adequação ou conveniência desse prazo, à luz da dinâmica de um determinado mercado. Ainda que complexas, tais questões não ficam de fora do alcance do Judiciário, acostumado a causas de grande complexidade. Tratando-se de questão sobre a qual gravitam diversas garantias fundamentais – liberdade, propriedade, livre-iniciativa e livre concorrência – a lei exige que se adote a melhor solução possível, e não uma que seja adequada, ainda que pareça a mais adequada, ao juízo do administrador. Compete sim ao Judiciário, portanto, a avaliação cuidadosa das escolhas feitas pelo Conselho, de forma a assegurar às partes e à sociedade que a solução adotada no âmbito administrativo é mesmo a mais correta de acordo com a Lei<sup>38</sup>.

#### 4. À guisa de conclusão

Como mencionado na largada, quanto mais atuante e severo for o CADE – e é bom que assim seja –, maior será a possibilidade de que suas decisões sejam levadas ao crivo jurisdicional. A perfeita compreensão dos limites dentro dos quais se pode desenvolver a revisão judicial das decisões do CADE facilita o acesso, maduro e técnico, a essa importante e insubstituível via de controle dos atos da Administração. Não se trata, portanto, de banalizar as decisões do CADE, mas, ao contrário, de conferir-lhe status e possibilidade de aprimoramento cada vez maior através do controle externo pelo Judiciário. Com a declarada pretensão de fustigar, pois, a discussão em torno do relacionamento do Judiciário perante as decisões CADE, tanto quanto da Autarquia perante as decisões das Cortes, haja vista seus comandos cassatórios e/ou confirmatórios, acredita-se

---

<sup>37</sup> Questões de direito, assim, são as que não se referem à descrição dos eventos, mas sim à assinalação de seus efeitos jurídicos. A doutrina tem dificuldades em sua conceituação mais precisa, assinalando que “a distinção entre proposição de fato e conclusões jurídicas é esta: proposições de fato são descritivas; conclusões jurídicas são dispositivas. Proposições de fato colocam história; conclusões jurídicas atribuem significação legal àquela história” (Clarence Morris, *Law and fact*, Harvard Law review, 55, p. 1304)

<sup>38</sup> Conquanto sejam de todo concebíveis as considerações acima sobre a revisão judicial de decisões do CADE de ordem preponderantemente técnica, não merece agasalho a tese de que ao Judiciário é vedado examinar o mérito do julgamento prolatado pelo referido órgão, até porque, conforme acentuado em passagem deste escrito, ainda quando se trate de decisão técnica, ela ingressa no rol dos atos vinculados, sendo pertinente, por conseguinte, nesses casos, no exercício do controle judicial, a pesquisa quanto a sua validade (Nunes da Silva Junior, *Revisão judicial das decisões do CADE* in [http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/4/43/Walter\\_Nunes.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/4/43/Walter_Nunes.pdf)).

piamente na máxima de que somente através deste movimento reflexivo, calcado no diálogo franco e azeitado entre essas duas esferas de poder, é que teremos instituições cada vez mais prontas ao exercício pleno de suas competências, em benefício do bem comum.

# O *Amicus Curiae* no Direito da Concorrência

Oscar Valente Cardoso<sup>1</sup>

## 1. Introdução

O Direito da Concorrência é, basicamente, um instrumento da política econômica, formado por regras que disciplinam a Economia, por meio da ingerência estatal sobre a sociedade. Assim, ele serve de instrumento para a intervenção ou atuação do Estado na Economia. Conseqüentemente, é necessária a existência de uma regulamentação mínima da Economia por parte do Poder Público, para que se consiga o funcionamento do mercado e se controlem as relações entre vendedores e compradores, evitando os abusos e o exercício do poder econômico por parte de poucos agentes, em prejuízo de muitos.

A aplicação dessa regulamentação legislativa leva invariavelmente a processos judiciais sobre o cumprimento das normas concorrenciais, o que exige do Judiciário conhecimentos técnicos específicos acerca do funcionamento do sistema administrativo de defesa da concorrência no país.

Entre as formas de auxiliar o julgador nessa tarefa, está a admissibilidade do *amicus curiae* (amigos da Corte, *amici curiae* no plural) em tais processos, de acordo com o Enunciado nº 5 do FONACRE e observado o art. 138 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o que será analisado neste artigo.

## 2. *Amicus Curiae*: Aspectos Gerais

O “amigo da Corte”, ou “amigo da Justiça”, possui origens distintas no Direito Romano e no Direito Inglês, e desenvolveu-se principalmente nos Estados Unidos, sendo lá denominado de *friend of the Court*<sup>2</sup>. O seu surgimen-

<sup>1</sup> Juiz Federal na 4ª Região. Doutor em Direito (UFRGS). Professor de Teoria Geral do Processo e de Direito Processual Civil na UNICNEC e em cursos de pós-graduação. E-mails: oscar.cardoso@trf4.jus.br e ovcardoso@hotmail.com

<sup>2</sup> Sua participação está prevista na Regra nº 37 das *Rules of the Supreme Court of the United States*, podendo a manifestação do *amicus curiae* se dar por escrito ou oralmente; é admitido quando

to é controverso, pois alguns doutrinadores indicam o *consiliarius* do Direito Romano, enquanto outros partem do Direito Penal britânico.

Trata-se de pessoa, em regra, sem relação ou interesse próprio na lide, com a atribuição de opinar ou prestar informações sobre a matéria controvertida, podendo o órgão julgador conferir à sua manifestação o valor que entender adequado. Não se trata de testemunha ou perito, não é remunerada, não exerce a função de fiscal da lei destinada ao Ministério Público, tampouco está sujeita à exceção de suspeição.

A natureza jurídica e processual do amigo da Corte é controvertida: é tratado como sendo um terceiro, assistente, terceiro ou assistente atípicos (qualificados por um requisito de admissibilidade), auxiliar da Justiça, colaborador informal, forma especial de intervenção, ou uma espécie de participação da sociedade (por meio de uma entidade representativa) em determinados processos judiciais (no controle abstrato de constitucionalidade, em especial)<sup>3</sup>. Afirma-se ainda que possui um interesse “institucional” nos processos em que se manifesta, por não ser o titular do direito em discussão, tampouco suportar os efeitos da decisão<sup>4</sup>.

Sua manifestação pode se referir a questões de direito, de fato, ou a interpretar a norma em discussão. Não se confunde com o perito judicial, pois sua atribuição não é a de comprovar ou atestar fatos, mas de opinar sobre eles.

O Supremo Tribunal Federal admitia a participação do *amicus curiae* somente por escrito, mas posteriormente passou a aceitar a realização de sustentação oral. Esse foi o entendimento predominante no julgamento de Questão de Ordem na ADI 2675/PE, rel. Min. Carlos Velloso, e na ADI 2777/SP, rel. Min. Cezar Peluso. Porém, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça adotou posição oposta: ao decidir Questão de Ordem no Recurso Especial 1205946/SP, no dia 17/08/2011, resolveu que o *amicus curiae* não pode ter todas as garantias processuais das partes, porque com elas não se confunde, motivo pelo qual sua colaboração com a Corte deve se dar somente por escrito, sendo vedada a forma oral.

As divergências teóricas e práticas sobre a natureza jurídica e a delimitação da atuação processual do *amicus curiae* são um reflexo de sua regulamentação legal no país, que não o trata de maneira uniforme. Diversas normas admitem e regulamentam a presença do amigo da Corte nos processos judiciais.

O primeiro dispositivo legal a prever o *amicus curiae* é de 1978: o art. 31 da Lei nº 6.385/76 (com a redação incluída pela Lei nº 6.616/78), ainda em vigor,

---

levar ao conhecimento da Suprema Corte matéria relevante que não tiver sido arguida pelas partes, devendo ainda ter o consentimento destas; caso contrário, deve juntar suas razões e a das partes, para que sua admissão – ou não – seja decidida pelo tribunal.

<sup>3</sup> Sobre a controvérsia acerca da natureza jurídica do instituto: KÖHLER, 2010, p. 4-8.

<sup>4</sup> Nesse sentido: WAMBIER, 2007, p. 77-78.



dispõe que, nos processos sobre matéria incluída nas atribuições da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), esta deve ser intimada para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, em quinze dias a contar da intimação. Após sua manifestação, a CVM deve ser intimada de todos os atos subsequentes, e possui legitimidade recursal, desde que não haja recurso interposto pelas partes (art. 31, §§ 2º e 3º). Trata-se, portanto, de apenas uma pessoa jurídica que pode atuar em processos sobre matéria determinada.

A Lei nº 8.884/94 previa em seu art. 89 que “nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”. Verifica-se semelhança com o dispositivo referente à CVM, pois admite somente uma entidade (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE) como *amicus curiae*, sua manifestação é obrigatória (“será esta sempre intimada” e “deverá ser intimado”), e estritamente nos processos judiciais que tenham entre seu objeto matéria afeta aos *amici curiae*. Apesar de a lei qualificá-lo como assistente, tendo em vista que o CADE não busca proteger o interesse de umas das partes, mas busca apenas a observância da lei e dos princípios constitucionais da ordem econômica, é doutrinariamente tratado como amigo da Corte (e não como assistente).

A regra foi mantida pela Lei nº 12.529/2011 (que revogou a Lei nº 8.884/94), em seu art. 118: “Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”. Da mesma forma que a primeira lei, é uma situação em que apenas uma pessoa jurídica pode atuar como *amicus curiae* em processos sobre determinado assunto.

O amigo da Corte também possui regulamentação específica em outras leis, tais como no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99 (controle abstrato de constitucionalidade) e no § 2º do art. 3º da Lei nº 11.417/2006 (procedimentos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante).

Em suma, não existe uma definição ou delimitação legal homogênea, tampouco uniformização na atuação dos *amici curiae* no direito brasileiro, sendo obrigatória em algumas normas, facultativa em outras, limitada a somente um órgão em umas leis, a pessoas jurídicas em outras e sem restrição em algumas, e com liberdade de manifestação igualmente diferenciada para cada ato normativo que o regulamenta.

### 3. O *Amicus Curiae* no Código de Processo Civil

A regulamentação do *amicus curiae* no CPC se restringe ao art. 138, que corresponde ao Capítulo V do Título III do Livro III (“Dos Sujeitos do Processo”) da Parte Geral, destinado a tratar da *intervenção de terceiros*<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> Sobre a regulamentação do *amicus curiae* no CPC: CARDOSO, 2015, p. 73-84.

O primeiro aspecto importante que se extrai da norma é a possibilidade de participação dos amigos da Corte *em qualquer processo e em qualquer grau de jurisdição*. Ao dispor que “o juiz ou o relator (...) poderá (...) solicitar ou admitir a participação (...)”, o art. 138 permite que o *amicus curiae* ingresse em *qualquer processo judicial de natureza cível*, independentemente da competência originária e da fase processual (mas sem prejuízo dos atos já praticados). Assim, em tese, o ingresso dos *amici curiae* no processo pode ocorrer desde o juízo de admissibilidade da petição inicial realizado pelo juiz de primeira instância, até o início do julgamento do recurso extraordinário no Supremo Tribunal Federal, por decisão do Ministro relator (ou, indo além, em qualquer etapa de ação rescisória proposta contra esse acórdão, após seu trânsito em julgado e observado o prazo decadencial).

A admissão do *amicus curiae* no processo pressupõe o cumprimento de requisitos legais: (a) subjetivo: pode ser pessoa natural ou jurídica (órgão ou entidade especializada), desde que possua *representatividade adequada*; (b) e objetivo: o processo deve tratar de matéria relevante, *ou* tema específico, *ou* controvérsia com repercussão social.

A possibilidade de os amigos da Corte serem pessoas *naturais* ou *jurídicas* é outra inovação do art. 138 do CPC. A regulamentação da Lei nº 9.868/99 (e também do revogado art. 482 do CPC de 1973) limita essa designação no controle abstrato de constitucionalidade pelo STF exclusivamente às pessoas *jurídicas*.

A representatividade adequada está relacionada com a possibilidade de os integrantes da pessoa jurídica ser afetados pela decisão judicial. Em relação à pessoa natural, deverá se tratar de alguém que represente determinada coletividade de pessoas, como, por exemplo, dirigente associativo ou com elevado grau de conhecimento técnico em sua área de atuação.

Quanto ao requisito objetivo, deve estar presente no mínimo um, entre três possíveis: o processo deve tratar de: (a) matéria relevante; (b) *ou* de tema específico; (c) *ou* de controvérsia com repercussão social.

A relevância da matéria diz respeito à sua complexidade e à extensão dos efeitos da decisão sobre a sociedade, ou sobre parcela considerável desta. Não se confunde com a relevância do processo, tendo em vista que, por exemplo, é importante para o ordenamento jurídico qualquer processo em que se discuta a compatibilidade de ato normativo com a Constituição, no controle difuso ou concentrado.

A especificidade do tema está relacionada à necessidade de um conhecimento técnico especializado sobre a matéria, que possa colaborar com a formação da convicção do julgador e a fundamentação de sua decisão. Esse conhecimento pode ser em qualquer área: econômica, política, antropológica, cultural, biológica e inclusive jurídica, entre outras. Como visto acima, o amigo

da Corte não se trata de perito judicial, por não realizar um exame, vistoria ou avaliação, mas sim se manifestar *fundamentadamente* sobre tema objeto da controvérsia processual.

Por sua vez, a repercussão social da matéria controversa no processo judicial é um conceito que deverá ser construído nos próximos anos pela doutrina e na prática dos juízes e tribunais. Para esse fim, podem ser aproveitadas decisões do STF acerca da repercussão geral no recurso extraordinário, especialmente aquelas sobre os reflexos, na sociedade, da decisão em um processo sobre um caso concreto. Esse requisito demonstra ainda a preocupação em se buscar uma legitimação social para as decisões judiciais.

A manifestação do amigo da Corte deve ser apresentada no prazo de 15 dias, contados a partir de sua intimação (da decisão que o requisita para se manifestar, ou daquela que deferir seu requerimento de ingresso). O art. 138 do CPC não especifica ou limita o modo da expressão dos *amici curiae*, razão pela qual deve ser interpretado no sentido que abrange as formas *escrita* e *oral*, a critério do juiz ou do relator. Como visto, a questão é atualmente controversa, tendo em vista que o Pleno do STF permite a manifestação escrita e oral, enquanto a Corte Especial do STJ limita apenas à forma escrita. Caberá, assim, ao juiz do processo (e diante dos poderes que lhe são conferidos pelo § 2º do art. 138), delimitar a atuação do *amicus curiae* em cada caso, o que abrange a autorização para se manifestar oralmente ou apenas por escrito.

Da mesma forma que no controle abstrato de constitucionalidade, a decisão judicial que o convoca a ingressar no processo, ou se manifesta sobre o pedido de ingresso do amigo da Corte (deferindo ou não) é *irrecorrível*. No controle abstrato, a despeito da ausência de previsão legal, há quem sustente que o *amicus curiae* tem legitimidade para recorrer da decisão que indefere sua participação no processo, com fundamento em uma interpretação gramatical do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, segundo o qual é irrecorrível apenas a decisão que *deferir* a manifestação. Contudo, o Código de Processo Civil não deixa margem para essa interpretação, considerando que o *caput* do art. 138 dispõe de forma expressa que se trata de “decisão irrecorrível”.

Ainda, houve uma opção expressa em enquadrar o *amicus curiae* no Código de Processo Civil como um *terceiro*, por estar inserido entre as formas de intervenção de terceiros. Em consequência, além de ser uma pessoa externa à relação jurídica processual, o CPC declara expressamente que o amigo da Corte é alguém que possui um *interesse jurídico* no processo, o que contraria sua natureza jurídica e o trata não como um colaborador da Justiça, mas sim como um *amicus partis*, alguém com interesse (ainda que institucional, no caso das pessoas jurídicas) em determinada forma de resolução do conflito, favorável a uma das partes.

Trata-se de uma hipótese de intervenção de terceiro *de ofício*, que pode ser determinada pelo juiz. Portanto, o ingresso do amigo da Corte no processo pode ser (a) provocado, quando for de iniciativa judicial; (b) e espontânea, quando ocorrer por requerimento da parte ou do próprio *amicus curiae*.

Entretanto, apesar de formalmente ser considerado um terceiro, o *amicus curiae* não ingressa no feito na qualidade de parte (ou de ajudante desta), mas sim de um auxiliar do juízo, ou do processo, e não possui todos os direitos e tampouco observa todos os deveres das partes e terceiros.

Porém, é um terceiro com regulamentação específica, por observar regras determinadas, divididas em *gerais* e *específicas*.

As regras *gerais* de sua situação processual de terceiro são: (a) a ausência de modificação da competência: a fim de evitar modificações provocadas e indevidas sobre o princípio constitucional do juiz natural (art. 5º, XXXVII, CF), o ingresso do *amicus curiae* não altera o juízo competente para processar e julgar o pedido (em razão da pessoa); (b) e a *legitimidade recursal restrita*, tendo em vista que o amigo da Corte só pode opor embargos declaratórios e interpor recurso contra a decisão que resolver o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto nos arts. 976/987 (§§ 1º e 3º do art. 138 do CPC).

Por sua vez, as regras *específicas* são definidas em cada processo, considerando que compete ao juiz do processo (em primeira instância e nos tribunais) delimitar quais serão os poderes de cada *amicus curiae*, na decisão que o requisitar ou que permitir seu ingresso na relação processual (§ 2º do art. 138 do CPC). Dessa forma, o número de amigos da Corte, o modo de manifestação (oral ou escrita), eventual dilação de prazo para apresentação de suas razões, a participação em atos processuais, entre outras prerrogativas, devem ser definidas pelo juiz da causa, em decisão irrecurável. Apenas as regras não podem ser alteradas pelo juiz. Além disso, é possível que, em um mesmo processo, o juiz possa fixar atribuições diferentes para cada amigo da Corte.

#### 4. O *Amicus Curiae* e o Direito da Concorrência

Como visto acima, o art. 89 da Lei nº 8.884/94 já previa a participação do CADE como amigo da Corte em todos os processos judiciais do país em que fosse discutida a aplicação da Lei Antitruste.

Atualmente, o art. 118 da Lei nº 12.529/2011 prevê o ingresso do Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos processos que versarem sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Apesar de usar a expressão “assistente”, o CADE atua na qualidade de amigo da Corte, observada a regulamentação do art. 138 do CPC.

Além da intervenção obrigatória do CADE, a própria natureza do conflito sobre as normas concorrenciais faz com que o interesse (não necessariamente jurídico, mas, principalmente, econômico) sobre a sua resolução pelo Judiciário normalmente não se restrinja às partes, mas compreenda outros sujeitos econômicos.

Por isso, é importante conferir uma ampla publicidade aos processos judiciais e assegurar um contraditório dilatado, com a participação de pessoas (naturais e jurídicas) representativas de grupos sociais que poderão ser afetados pela decisão final.

Nesse sentido, o Enunciado nº 5 do FONACRE (Fórum Nacional da Concorrência e Regulação) dispõe que “as entidades representativas dos diferentes setores da economia devem ser aceitas como *amicus curiae* nas ações que tenham impacto concorrencial”.

O sistema de precedentes do CPC busca fazer com que a decisão judicial, ainda que construída a partir de um caso, leve em consideração um conjunto de argumentos jurídicos desenvolvidos a partir de um contraditório ampliado e com uma fundamentação que se preocupa não apenas na resolução daquele litígio, mas também de todos os outros casos idênticos.

O ingresso de entidades representativas da economia nos processos sobre o Direito da Concorrência faz com que a decisão judicial que resolver o litígio no caso seja mais qualificada, por observar um contraditório ampliado (em virtude dos novos argumentos trazidos pelos amigos da Corte), e possa ser aplicada para resolver uma maior quantidade de casos futuros.

Busca-se, com isso, o objetivo principal de concretizar dois valores constitucionais: (a) a isonomia, ao tratar da mesma forma os casos semelhantes, ou seja, independentemente de suas capacidades econômicas ou da posição social (entre outras características individuais), e de ser representadas por um defensor público ou um grande escritório de advocacia, as partes serão tratadas igualmente e seus casos terão o mesmo resultado (tratamento igualitário das partes em situações iguais); (b) e a segurança jurídica, que torna *previsível* a decisão dos tribunais e, conseqüentemente o direito, dando segurança às pessoas no momento de manter suas relações jurídicas na vida em sociedade; em outras palavras, faz com que as pessoas tenham segurança sobre o direito, que deve ser estável.

Os precedentes causam ainda a *redução* na quantidade de processos judiciais. Se as pessoas sabem antecipadamente qual será a decisão judicial, não buscarão o Poder Judiciário para sanar seus problemas, mas obedecerão às regras ou tentarão resolvê-los, o que evita a sobrecarga de processos e, principalmente, as demandas temerárias.

Assim, a admissão dos amigos da Corte nos processos judiciais que tenham impacto concorrencial auxilia o Judiciário a verificar a correção – ou não – da atuação do Estado nas relações econômicas, para coibir eventual exercício do

poder econômico que prejudique ou venha lesar a competição, e possa pacificar os conflitos existentes no mercado.

## 5. Conclusões

O *amicus curiae* foi inserido na legislação brasileira há aproximadamente 40 anos (ainda que de forma tácita e involuntária), mas não possui uma definição ou delimitação legal homogênea, tampouco uniformização na sua atuação processual, sendo obrigatória em algumas normas, facultativa em outras, e com liberdade de manifestação igualmente diferenciada para cada ato normativo que o regulamenta. Ainda, e as normas legais limitam-se a prever a sua manifestação em processos judiciais (com uma hipótese em processo administrativo), em determinadas situações e com pessoas (naturais ou jurídicas) variáveis de acordo com o processo e a matéria controvertida. Essa lacuna dá margem a controvérsias, equívocos com outros institutos e limitações indevidas.

O Código de Processo Civil, em seu art. 138, trata o *amicus curiae* mais como um *amicus causae* ou *amicus partis*, por representar os interesses gerais da coletividade ou de grupos ou classes sociais, consistindo em um *terceiro com interesse jurídico direto na resolução da causa*.

Logo, não há somente o interesse do juiz em demandar a exposição dos *amici curiae*, mas também destes em apresentar manifestação sobre o assunto em discussão e as consequências da decisão (apesar de estar dispensado da demonstração de interesse para sua admissão no processo).

A manifestação do *amicus curiae* e a análise de fatos não vinculam, mas apenas auxiliam o julgador em sua decisão, possibilitando a ciência das situações fáticas abrangidas na criação e na aplicação da norma, e dos prováveis efeitos e implicações da decisão. Além disso, quando se discute um assunto multidisciplinar, são necessários conhecimentos igualmente multidisciplinares para a sua resolução.

Em síntese, o *amicus curiae* no Código de Processo Civil tem natureza jurídica de *terceiro*, com legitimidade recursal limitada e que tem seu ingresso condicionado a um requisito subjetivo (pessoa natural ou jurídica com representatividade adequada) e objetivo (relevância da matéria, ou tema específico, ou controvérsia com repercussão social). Pode se manifestar em qualquer processo e em qualquer grau de jurisdição, no prazo de 15 dias a partir de sua intimação, e suas prerrogativas são delimitadas em cada caso pelo juiz do processo, em decisão irrecurável.

Nos processos em que se discute a aplicação de normas do Direito da Concorrência, a ampliação do contraditório e a atuação dos amigos da Corte é fundamental para permitir a melhor compreensão das questões controvertidas, de suas consequências econômicas (e não apenas jurídicas) e, conseqüentemente, de um provimento jurisdicional mais adequado para a resolução do caso e a pacificação das relações econômicas nessa ambiente.

## Referências

CARDOSO, OscarValente. O *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 146, p. 73-84, maio 2015.

KÖHLER, Ricardo Carlos. *Amicus curiae: amigos del tribunal*. Buenos Aires: Astrea, 2010.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Amicus curiae: afinal, quem é ele?* *Direito e Democracia*, Canoas, v. 8, n° 1, p. 76-80. jan./jun. 2007.





# Nova Governança

## *Insights para o Aprimoramento da Regulação Estatal*

*Isabela Ferrari*

### 1. Introdução: Afinal, o que é Governança?

“Governança” é uma expressão difundida pelo Banco Mundial a partir da publicação, em 1992, de “*Governance and Development*”<sup>1</sup>, documento que discute a relação entre o desenvolvimento de determinado país e a atuação do governo na gestão dos recursos sociais e econômicos disponíveis.

Como destacado pelo professor Alcindo Gonçalves<sup>2</sup>, “Governança” é definida em tal documento como o “exercício da autoridade, controle, administração, poder de governo”. Gonçalves afirma: “Precisando melhor, ‘é a maneira pela qual o poder é exercido na administração dos recursos sociais e econômicos de um país visando o desenvolvimento’, implicando ainda ‘a capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir funções’”. De forma sintética, portanto, pode-se definir “governança” como *a maneira pela qual determinado governo exerce seu poder*.

A partir da edição de “*Governance and Development*”, o termo passou a ser cada vez mais utilizado, com uma conotação um pouco mais ampla do que a original. A preocupação com a temática ganhou ainda mais força a partir das propostas da Nova Economia Institucional – NEI, no sentido de que as instituições ocupam um papel determinante no desempenho econômico e no desenvolvimento social de países e organizações.

A difusão da ideia de que uma boa governança é imprescindível para o desenvolvimento sustentável<sup>3</sup> fez com que, progressivamente, a atenção de cientistas

<sup>1</sup> <http://documents.worldbank.org/curated/en/1992/04/440582/governance-development>

<sup>2</sup> GONÇALVES, Alcindo. O Conceito de Governança. Disponível em <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/conceito\\_de\\_governanca.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/conceito_de_governanca.pdf)>

<sup>3</sup> RIBAS, Lidia Maria; Godoy, Zaida de Andrade Lopes. Governança Regulatória: Cooperação e Parcerias para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=186c9b923fc7eb4d>.

sociais, políticos, economistas e juristas tenha se voltado para procedimentos e práticas governamentais, “incluindo aspectos como o formato institucional do processo decisório, a articulação público-privada na formulação de políticas ou, ainda, a maior ou menor abertura para a participação dos setores interessados ou de distintas esferas de poder”<sup>4</sup>.

Antes de apresentar um uma noção mais precisa de “Nova Governança”, é preciso abordar as seguintes questões: (i) a distinção entre governança e governo; (ii) a ideia de governança sem governo; e (iii) a influência da globalização na governança.

A distinção entre governança e governo é bem trabalhada por James Rosenau<sup>5</sup>. Segundo o cientista político, enquanto “governo sugere atividades sustentadas por uma autoridade formal, pelo poder de polícia que garante a implementação das políticas devidamente instituídas”, “governança refere-se a atividades apoiadas em objetivos comuns, que podem ou não derivar de responsabilidades legais e formalmente prescritas e não dependem, necessariamente, do poder de polícia para que sejam aceitas e vençam resistências”.

Dessa forma, Rosenau destaca que o conceito de governança seria um fenômeno mais amplo do que o de governo, pois abrangeria não apenas a atuação das instituições governamentais, mas também mecanismos informais, de caráter não-governamental, que influenciariam decisivamente a conduta de pessoas e/ou organizações.

Com o tempo, essa acepção ampla de “governança”, que engloba também fenômenos extra-estatais e vai além do significado originalmente conferido à palavra pelo Banco Mundial, tornou-se a mais utilizada no âmbito do Direito Administrativo e Regulatório<sup>6</sup>.

É possível fazer referência, inclusive, a uma “governança sem governo”, correspondente ao poder organizacional *de fato* de atores extra-estatais. Com efeito, no mundo contemporâneo, certas organizações têm aptidão para estender a sua influência na determinação de comportamentos para muito além de seus limites formais.

---

<sup>4</sup> Banco Mundial, 1992, *apud* DINIZ, Eli. “Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90”. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 38, no 3, 1995. pp.400.

<sup>5</sup> ROSENAU, James N. “Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial”. In: Rosenau, James N. e Czempiel, Ernst-Otto. *Governança, a sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Ed. Unb e São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. pp. 11-46.

<sup>6</sup> Cita-se, exemplificativamente: LOBEL, Orly. *New Governance as Regulatory Governance* (disponível em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2179160](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2179160) >); SABEL, Charles F.; ZEITLIN, Jonathan. *Experimentalist Governance*. In: LEVI-FAUR, David (ed.) *The Oxford Handbook of governance*. New York: Oxford University Press, 2012; e GARDELLA, Mercè DARNACULLETA. *Derecho Administrativo y Autorregulación: La Autorregulación Regulada*. Tese (Doutorado) – Universitat de Girona, Gerona, 2002. Disponível em: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7681/tmdg.pdf?sequence=7>.

Instituições financeiras internacionais, como o Banco Mundial, por exemplo, influenciam decisivamente o comportamento dos países. Além disso, algumas organizações *supra* e transnacionais participam do jogo político desempenhando papel semelhante à de algumas das mais poderosas nações – pensemos, por exemplo, no poder de barganha da Federação Internacional de Futebol (FIFA)<sup>7</sup> que, durante a Copa do Mundo no Brasil, fez com que fossem editadas leis temporárias para conformar o regime jurídico brasileiro às suas exigências<sup>8</sup>. Todos esses atores, portanto, embora não sejam alcançados pelo conceito de “governo”, influenciam decisivamente a conduta de pessoas e/ou organizações, estando incluídos no conceito de “governança”.

É de se destacar, ainda, a influência da globalização na reestruturação das relações de poder – e, por isso, na própria governança. Esse fenômeno, que opera um aprofundamento da integração econômica, política, cultural e social entre os diversos atores mundiais (indivíduos, organizações, empresas e o próprio Estado) tornou ainda mais necessário discutir os novos mecanismos e padrões de articulação entre eles, deixando clara a importância da governança em todos os níveis.

O fenômeno da globalização deslocou o poder de uma orientação nacional e local para a esfera global, a partir da influência progressivamente crescente de organizações supranacionais (como a União Europeia), internacionais (como a Organização Mundial do Comércio), e transestatais (como a Federação Internacional de Futebol), acompanhada de um declínio do poder estatal. Com isso, emergiu a chamada “Governança Global”.

O que atualmente vem sendo chamado de “Nova Governança” corresponde às novas organizações das relações de poder, em suas diversas formas. Essa expressão não se refere, portanto, a um arranjo pré-determinado, mas engloba, como conceito guarda-chuva que é, fenômenos distintos, identificados nos mais diversos países e instituições.

A expressão vem sendo empregada especialmente para fazer referência a novas soluções, adotadas no campo do Direito Regulatório, para combater alguns dos problemas da tradicional regulação estatal. A regulação tradicional implica a

---

<sup>7</sup> Anne-Marie Slaughter critica essa ideia, afirmando que “governança sem governo é governança sem poder, e governo sem poder raramente funciona”. Segundo ela, muitos dos problemas internacionais e domésticos urgentes resultam do insuficiente poder dos Estados para estabelecer a ordem, construir infraestruturas, e prover serviços públicos mínimos. Slaughter afirma que “atores privados podem assumir algum papel, mas não há substituto para o Estado”. Assim, defende uma nova ordem mundial baseada na existência e no funcionamento de redes transgovernamentais, capazes de permitir que os governos se beneficiem da flexibilidade e descentralização dos atores não-estatais, mas ao mesmo tempo de fortalecer o Estado como ator principal no sistema internacional (SLAUGHTER, Anne-Marie “The Real New World Order”. In: *Foreign Affairs*, 76, 5, September/October, 1997, pp. 195).

<sup>8</sup> A Lei 12.663/12 estabeleceu áreas de restrição comercial e vias de acesso (art. 11), regime específico para a captação de imagens e sons (arts. 12-15), condições especiais para a concessão de vistos de entrada e permissões de trabalho (arts 19-21), além de um regime especial de responsabilização da União perante a FIFA (arts. 22-24).

imposição de condutas sob ameaça de sanção (por isso é chamada, em inglês, de regulação *command and control*).<sup>9</sup>. A Nova Governança, de forma diversa, utiliza-se de mecanismos mais flexíveis, e muitas vezes incorpora, como reguladores, aqueles que, no sistema tradicional, seriam apenas destinatários da regulação.

Nos próximos tópicos, este trabalho apresenta um breve panorama da regulação estatal e de seus maiores problemas. Estudar esses casos gera reflexões sobre o funcionamento e lições que devem ser seguidas rumo a uma regulação mais efetiva. Esses *insights* fazem parte daquilo que conhecemos como Nova Governança. Essa foi a forma através da qual se buscou preencher de conteúdo o conceito vago e ainda em construção de “Nova Governança”.

## 2. A regulação perniciosa: os paradoxos do estado regulatório e o que eles podem nos informar sobre a nova governança

Com base em estudo desenvolvido pelo professor Cass Sustein e veiculado em *Paradoxes of the Regulatory State*<sup>10</sup>, serão indicadas algumas das situações em que a tentativa de regular uma determinada situação falha em seu propósito, gerando resultados inferiores àqueles que seriam verificados caso não houvesse regulação alguma. Nesses casos, diz-se que a regulação em si é *perniciosa*.

Examinar as hipóteses permite perceber as características da regulação tradicional que geraram as falhas, e construir novas estratégias (englobadas, naturalmente, no conceito de Nova Governança) que podem ser adotadas rumo a uma regulação mais efetiva.

Sunstein destaca que apesar de regulação do tipo *command and control* ter sido eficiente nos Estados Unidos em muitos campos (como o controle da poluição das águas, da segurança de automóveis, e da proteção do consumidor), essa forma de regulação com frequência falhou, impondo altos custos para a obtenção de benefícios relativamente pequenos, ou pior: agravando o problema que se buscava evitar<sup>11</sup>.

A partir dessa constatação, o professor afirma que é preciso evitar estratégias regulatórias falidas, definidas como aquelas em que o objetivo não é atingido e as consequências são perniciosas a partir de uma comparação com o estado de

---

<sup>9</sup> Essa estratégia regulatória ganhou força no período do *New Deal*, ocasião em que agências reguladoras independentes centralizaram poderes normativos (conf. TREBING, Harry M. Public Utility Regulation: A Case Study in the Debate over Effectiveness of Economic Regulation. *Journal of Economic Issues*, Lincoln; vol. 18(1): pp. 223-250; March 1984. Pp. 226-227).

<sup>10</sup> SUNSTEIN, Paradoxes of the Regulatory State. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 57, No. 2, Administering the Administrative State (Spring, 1990), pp. 407-441.

<sup>11</sup> Seria o caso, segundo ele, de uma legislação anti-discriminação que gerasse como consequência um aumento do preconceito (p. 407).

coisas caso editada regulação diferente. Agindo assim, afirma que se combateria uma fonte importante de falhas regulatórias.

O professor passa a indicar, então, o que considera serem os seis principais – mas não os únicos – paradoxos da regulação, que derivam da incapacidade de previsão adequada pelo governo do comportamento dos regulados ou entidades regulatórias.

São eles: (i) super-regulação produz subregulação; (ii) a regulação rígida de novos riscos pode aumentar os níveis agregados de risco; (iii) exigir a melhor tecnologia disponível é retardar o avanço tecnológico; (iv) a regulação redistributiva prejudica aqueles na base da pirâmide socioeconômica; (v) exigências de *disclosure* podem tornar o público menos informado; e, finalmente, (vi) “Agências Independentes” frequentemente não são independentes<sup>12</sup>.

Segundo o primeiro paradoxo, a superregulação produz subregulação. Duas causas fundamentam essa afirmação. A primeira delas diz respeito à alegação de que o estabelecimento de padrões normativos muito rigorosos faria com que os reguladores relutassem em agir. Assim, a edição de um norma draconiana pelo legislador (superregulação) geraria um incentivo à inação das Agências Reguladoras na sua regulamentação, derivada (i) da dificuldade prática de implementar a superregulação, (ii) das resistências internas e externas ao governo, e (iii) do maior risco de invalidação judicial do padrão regulatório estabelecido.

Sunstein exemplifica a hipótese fazendo referência a situação ocorrida durante o governo Nixon, quando foi editada regulação extremamente restritiva para alguns setores, visando a diminuição dos índices de poluição do ar e das águas, e o aumento do nível de segurança dos trabalhadores<sup>13</sup>. O que ele conclui ao estudar o exemplo norte-americano é que o *Clean Air Act*, o *Clean Water Act*, e o *Occupational Safety and Health Act*, todos de 1982, não conseguiram atingir seus objetivos, pois as agências independentes – a *Environmental Protection Agency* (EPA) com relação aos dois primeiros, e a *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA), com relação ao último – ficaram paralisadas diante dos padrões draconianos estabelecidos, e se limitaram a regular umas poucas substâncias deletérias para o meio ambiente e para os trabalhadores, entre as centenas que poderiam ter sido objeto de regulação<sup>14-15</sup>.

---

<sup>12</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 423-429.

<sup>13</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 414-415.

<sup>14</sup> “But consider the record of both the EPA and OSHA in these settings. Of the several hundred toxic substances plausibly posing significant risks to human health, the EPA has regulated only seven-five as a result of court orders. Of the many toxic substances in the workplace, OSHA has controlled only ten” (“*Paradoxes of the Regulatory State*”, p. 414). Em tradução livre: “Considere a atuação das EPA e da OSHA nesse cenário. Das muitas centenas de substâncias tóxicas que podem apresentar riscos para a saúde humana, a EPA regulou apenas sete – sendo cinco dessas em razão de ordens judiciais. Das muitas substâncias tóxicas potencialmente presentes no ambiente de trabalho, a OSHA regulou apenas dez”.

<sup>15</sup> Agências reguladoras federais brasileiras deixariam de editar normas com base nessa preocupação? Essa é uma pergunta pertinente, cuja abordagem demandaria a elaboração de outro artigo.

A segunda explicação para o fenômeno corresponde à percepção de que, mesmo que a regulamentação seja editada pelas Agências (pela inação não estar abrangida por sua esfera de discricionariedade, por exemplo), o seu *enforcement* tende a ser frouxo, em razão da relutância da própria agência<sup>16</sup>. Daí Sunstein concluir que o padrão draconiano produz subregulação.

O segundo paradoxo sugere que uma regulação rígida de novos riscos poderia aumentar os níveis agregados de risco. Segundo Sunstein, regular de forma excessiva novas fontes desestimula a sua entrada e estimula a permanência de fontes antigas, que normalmente não são atingidas pelos novos padrões regulatórios em razão da irretroatividade da regulação gravosa<sup>17</sup>.

A ideia pode ser melhor explicada com um exemplo: regular de forma rígida demais a poluição gerada pelos carros tende a perpetuar a permanência de carros antigos (mais poluidores), já que comprar um novo torna-se muito caro, em razão de exigências excessivamente gravosas para a sua produção, que se refletiriam em seu preço final.

Assim, a substituição dos carros antigos (mais poluidores) pelos novos (menos poluidores) fica prejudicada pela regulação, que intencionava justamente melhorar o padrão das máquinas. Dessa forma, além de o risco antigo continuar a existir, ele tende a se perpetuar por mais tempo do que deveria, caso inexistente a regulação. Por isso, essa também é uma estratégia regulatória falida<sup>18</sup>.

O terceiro paradoxo apontado por Sunstein estabelece que exigir a melhor tecnologia disponível é retardar o avanço tecnológico. Pense em uma regulação que estabeleça que as indústrias metalúrgicas devam instalar filtros de determinado tipo para controlar a poluição do ar. Sunstein ressalta que, em casos do gênero, a escolha de determinada tecnologia pelo regulador acaba com o espaço para a inovação que permitiria o avanço tecnológico<sup>19</sup>.

Isso aconteceria porque o regulado cumpre seu papel quando instala a tecnologia determinada, ao mesmo tempo em que perde o estímulo de buscar novas formas de atingir o mesmo resultado ou resultados melhores (o que dificulta a inovação tecnológica). Assim, o estabelecimento da melhor tecnologia disponível em determinado estado de coisas, além de desestimular a indústria a buscar novas formas, ainda faz com que tenda a combatê-la, já que a inovação pode trazer custos de alteração da tecnologia utilizada.

---

<sup>16</sup> Sunstein indica o exemplo americano da edição de uma draconiana regulação de Saúde e Segurança no Ambiente de Trabalho pela OSHA (*Occupational Safety and Health Administration*), que gerou subregulação. Para mais detalhes, veja: VISCUSI, W. Kip, *Risk by Choice: Regulating Health and Safety in the Workplace*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

<sup>17</sup> *Paradoxes of the Regulatory State*, p. 417-419.

<sup>18</sup> Subjaz a esse fenômeno a ideia de que as escolhas privadas são consequência da lei da oferta e procura, como bem pontuado por Sunstein.

<sup>19</sup> *Paradoxes of the Regulatory State*, p. 420-421.

Segundo o quarto paradoxo, a regulação redistributiva prejudica aqueles na base da pirâmide socioeconômica. Sunstein explica a ideia através de diversos exemplos. O primeiro se refere ao salário mínimo. O professor diz que é um erro acreditar que o único efeito de um aumento do salário mínimo é o aumento da renda daqueles que o recebem, destacando que uma de suas consequências é aumentar o desemprego em razão do aumento marginal do custo do trabalho, o que faria com que aqueles que estão na base da pirâmide socioeconômica – os mais vulneráveis – sejam prejudicados<sup>20</sup>.

Da mesma forma, ele defende que uma legislação que restrinja a atuação de locadores em favor dos locatários incentiva os primeiros a sair desse mercado, o que teria como consequência uma diminuição na oferta de imóveis, gerando consequências deletérias e, eventualmente, inviabilizando a habitação dos mais pobres<sup>21</sup>.

Ele destaca, ainda, que leis que proíbam a discriminação ou exijam ações afirmativas na contratação de determinados grupos podem ter como consequência um aumento no custo da contratação dessa categoria, pelo aumento da probabilidade de que os padrões estejam sujeitos a processos judiciais no caso de sua demissão<sup>22</sup>.

Em resumo, a ideia, aqui, é a de que a regulação redistributiva têm complexas consequências distributivas, e a de que os grupos mais vulneráveis serão justamente aqueles que tendem a ser mais afetados por suas consequências deletérias.

O próprio professor destaca que esse paradoxo, em si, não é o suficiente para que se defenda um abandono total da regulação redistributiva. Isso porque, apesar desse tipo de regulação ser sempre, em alguma medida, perversa, ela poderia fazer parte de um sistema redistributivo que funcionasse como um todo.

Ele destaca, então, que um aumento no salário mínimo (que gera maior desemprego), por exemplo, poderia ser uma medida justificada como mecanismo de proteção dos mais pobres, desde que acompanhado de um sistema protetivo para os desempregados. Da mesma forma, um aumento no salário mínimo poderia ser um importante mecanismo para garantir que o trabalho será remunerado em níveis dignos, e para comunicar o valor dado ao trabalho. Esses efeitos, segundo ele, podem superar os efeitos negativos do desemprego. Assim, por mais que a regulação em si seja contraproducente, é possível que o sistema redistributivo como um todo seja adequado<sup>23</sup>.

O quinto paradoxo informa que exigências de *disclosure* (transparência na informação) podem tornar o público ainda menos informado do que antes

---

<sup>20</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 421-422.

<sup>21</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 422-423.

<sup>22</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 423.

<sup>23</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 423.

do estabelecimento das mesmas. Sunstein destaca que, apesar de exigências de transparência serem valiosas em muitas circunstâncias, por vezes essa estratégia regulatória será mal sucedida<sup>24</sup>.

Isso tende a ocorrer, segundo ele, por duas razões principais. A primeira, destacada por diversos autores do campo da economia comportamental, como Arkes, Hammond e Connolly<sup>25</sup>, e Kahneman e Tversky<sup>26</sup>, diz respeito às dificuldades no processamento das informações pelas pessoas, que aumentariam com o aumento das informações transmitidas.

Assim, quanto maior o número de informações recebidas pelas pessoas para embasar suas decisões, maiores as chances de que, diante da incerteza, elas recorram a heurísticas, definidas por Kahneman como um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas que buscamos responder sem esforço<sup>27</sup>. Essas heurísticas funcionam como atalhos na tomada de decisões, levando, por vezes, ao caminho errado.

A utilização desse mecanismo para decidir não é algo intrinsecamente negativo. De fato, as heurísticas podem conduzir a decisões adequadas em muitas circunstâncias. O problema surge quando os indivíduos falham em definir os limites para a sua utilização, ocasionando o que se convencionou chamar de *vieses cognitivos*, definidos como uma tendência sistemática a violar a lógica, gerando decisões irracionais<sup>28</sup>.

Assim, pode-se resumir a primeira razão que Sunstein aponta para esse paradoxo da seguinte forma: “entregar” informações demais às pessoas torna as decisões que elas têm que tomar mais complexas; quanto mais complexa a decisão, maior a chance de que elas fujam da racionalidade através da utilização de heurísticas que podem levar a resultados deletérios. Dessa forma, quanto mais

---

<sup>24</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 424-425.

<sup>25</sup> CONOLLY, Terry; ARKES, Hal R.; HAMMOND, Kenneth R. (Eds.). *Judgment and Decision Making: An Interdisciplinary Reader*. 2nd. Ed. New York: Cambridge University Press, 2000.

<sup>26</sup> KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos; *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131.

<sup>27</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 127. Na passagem, Kahneman esclarece, ainda, que a palavra tem mesma raiz de “heureka”

<sup>28</sup> Alguns exemplos de vieses ajudam a entender melhor seu conceito. O *viés do status quo* nos leva a manter as coisas da forma como estão, ainda que uma alteração fosse benéfica. Assim, as pessoas muitas vezes “escolhem” opções pré-definidas, mesmo quando muitas outras estão disponíveis. O *viés de foco*, por sua vez, faz com que as pessoas dêem importância demais a um único aspecto de um evento. Quando transplantado para decisões tomadas por determinadas instituições, pode dar origem ao que chamamos de miopia institucional. O *viés de confirmação* corresponde à tendência que o ser humano tem de preferir informações que confirmem as suas crenças ou hipóteses, independentemente de serem ou não verdadeiras. Finalmente, o *viés do ponto cego* corresponde à tendência de identificar mais vieses cognitivos nos outros do que em si próprio (em outras palavras, é a tendência a se perceber menos enviesado do que os demais, equivocadamente).



informações são disponibilizadas, menos baseadas na racionalidade tendem a ser as decisões, em razão da dificuldade humana em processar as informações dadas.

A segunda razão apontada pelo professor se refere ao fato de que estabelecer exigências excessivas para uma “adequada” transmissão de informação faria, com frequência, com que os regulados acabassem deixando de fornecer qualquer informação.

Sunstein dá o exemplo de demandas excessivas referentes à informação de produtos veiculados em comerciais. Ele destaca que, se os regulados precisarem conduzir testes excessivos ou fornecer informações detalhadas demais nas peças publicitárias, um efeito colateral dessa exigência desmedida poderia ser o de fazer com que os regulados simplesmente desistam dos comerciais, diminuindo, assim, a quantidade de informação disponível<sup>29</sup>.

O sexto e último dos paradoxos apontados pelo professor é o de que “Agências Independentes” frequentemente não são independentes. Sunstein trata em seu artigo especificamente do caso americano, mas suas conclusões podem ser aproveitadas em diversos outros sistemas<sup>30</sup>.

Ele destaca que as Agências Independentes (no modelo brasileiro, Agências Reguladoras) são sensíveis à opinião pública – inclusive a grupos de pressão – e à visão política do Chefe do Executivo. Ressalta que, quando isoladas do Chefe do Executivo (em busca de uma suposta maior independência), podem se tornar ainda mais frágeis do que quando sujeitas à sua autoridade, em razão da pressão de membros e comitês do Poder Legislativo<sup>31-32</sup>.

Com relação a esses paradoxos, Sunstein destaca, ainda, duas questões relevantes. A primeira diz respeito à causa dessa regulação falida (ou auto-sabotadora, em uma tradução literal<sup>33</sup>). Ele afirma que, de acordo com as propostas da teoria da *public choice*<sup>34</sup>, muito do conteúdo dessa regulação derivaria da pressão de

---

<sup>29</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 425.

<sup>30</sup> Para um comparação entre a situação das Agências Independentes nos Estados Unidos e na Europa, sugerimos o excelente *A comparison of US and European independent Agencies*, de Martin Shapiro, In: *Comparative Administrative Law*, ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, 2010, pp. 293-306.

<sup>31</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 427-429.

<sup>32</sup> Esses são os principais paradoxos indicados por Sunstein. O professor ressalta que existem ainda muitos outros, como os decorrentes da noção de “melhor interesse da criança” (que, por vezes, levaria a uma discussão tão intensa e demorada sobre o seu conteúdo que, por si só, acabaria contrariando o melhor interesse da criança), das restrições ao aborto (que, quando revogadas, costumam diminuir o número de mulheres que recorrem ao procedimento), e de legislações protecionistas (que, muitas vezes, acabam prejudicando os grupos que visam proteger).

<sup>33</sup> *Self-defeating*, em inglês.

<sup>34</sup> A Teoria da *Public Choice* corresponde a um ramo da teoria econômica no âmbito da qual os conceitos da economia de mercado são aplicados à política e aos serviços públicos. Trata os políticos como agentes que priorizam a satisfação do seu próprio interesse. Seus maiores

determinados grupos de interesse, que seriam seus verdadeiros beneficiários. Assim, um aumento no valor do salário mínimo, apesar de aumentar os níveis de desemprego, garantiria a uma parte dos trabalhadores que eles não precisarão competir com quem se disponha a trabalhar por valor inferior ao estabelecido. Conclui, assim, que o salário mínimo criaria uma espécie de cartel entre os não ameaçados pelo desemprego<sup>35</sup>.

A segunda questão é crucial para entendermos a importância que deve ser dada a esses paradoxos em determinado ambiente decisório. Sunstein destaca que é a magnitude dos problemas gerados que determina se os paradoxos devem ou não gerar maiores preocupações. Por isso, a existência de efeitos colaterais, por si só, não deve ser encarada como causa para abandonar a regulação.

Dessa forma, a partir das constatações acima, Sunstein indica algumas lições a serem seguidas pelo Congresso, por juízes e administradores. Entre elas, (i) perceber a vantagem da edição de normas que incorporem conceitos indeterminados e *standards*; (ii) exigir dos reguladores resultados benéficos que justifiquem as restrições impostas; (iii) perceber o paradoxo do novo e do velho risco; além de (iv) atentar aos problemas decorrentes da interpretação adotada acerca da independência das agências<sup>36</sup>.

Essas “lições”, por corresponderem a novas estratégias em prol de uma regulação mais efetiva, cabem no conceito de Nova Governança regulatória ou, simplesmente, Nova Governança.

### 3. A Regulação Falha: Problemas da Regulação Estatal Tradicional e Estratégias Indicadas pela Nova Governança para Combatê-los

Este tópico versa sobre as falhas comumente identificáveis na regulação tradicional – ainda que, no todo, ela seja vantajosa. Assim, serão apresentados os principais problemas referentes à regulação estatal tradicional, bem como as alternativas que a Nova Governança indica para a sua superação.

Inicialmente, ressalta-se que José Vicente Santos de Mendonça destaca que as maiores dificuldades da regulação estatal tradicional correspondem aos problemas (i) de informação e (ii) de adesão<sup>37</sup>.

---

expoentes são James McGill Buchanan Jr e Gordon Tullock. Sobre o tema, v., por todos, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, de Buchanan e Tullock.

<sup>35</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 429-430.

<sup>36</sup> Paradoxes of the Regulatory State, p. 432-440.

<sup>37</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 415 e ss.

Os problemas de informação podem se relacionar (i) com a ausência de domínio da informação relevante pelo regulador público; ou (ii) com a dificuldade que ele pode ter em operá-la. Essa situação é problemática porque o regulador que não tem toda a informação relevante pode adotar decisões que não sejam as melhores possíveis; por outro lado, se tiver acesso aos dados, mas não souber fazer a leitura adequada das consequências advindas de suas estratégias regulatórias, pode adotar decisões que gerem consequências deletérias no ambiente regulado<sup>38</sup>.

Os problemas de adesão, por sua vez, se referem à rejeição da regulação pelos agentes regulados. Não se trata de mera crítica à atuação determinada pelo Estado, mas de desobediência sistemática do comando que, no extremo, pode gerar a sua inefetividade<sup>39</sup>.

Os problemas de informação e de adesão podem ser combatidos, basicamente, por duas estratégias. A primeira delas corresponde à centralização da regulação<sup>40</sup>. A ideia, aqui, é a de que, para evitar os problemas de informação por parte do regulador público, a informação relevante passe a ser concentrada em um único órgão ou entidade.

Foi a estratégia que, nos Estados Unidos, inspirou a criação do *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA)<sup>41</sup>. Uma das principais funções desse órgão é recolher informações dispersas por diversas fontes (governo, sociedade, agentes econômicos, etc.), e orientar a atuação dos demais órgãos ou entes governamentais, a partir do processamento da informação recolhida.

Caso se opte por essa estratégia centralizadora, os problemas de adesão costumam ser combatidos por uma verificação mais eficiente dos agentes econômicos descumpridores da normas regulatórias, acompanhada ou não de um agravamento das sanções aplicadas com vistas a constranger os regulados em maior medida<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 415-416.

<sup>39</sup> *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 415-416.

<sup>40</sup> *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 417-418.

<sup>41</sup> *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 417.

<sup>42</sup> Ao tratar da racionalidade da ordenação econômica, Hayek destaca a existência de três alternativas para combater a dispersão do conhecimento: (i) a concentração do planejamento regulatório em um órgão estatal único, (ii) sua distribuição por diferentes órgãos/entes estatais e (iii) a adoção de uma estratégia descentralizadora que transfira partes da função regulatória à iniciativa privada. Segundo ele, a definição sobre a melhor dentre essas três opções é contextual. Assim, se o conhecimento que se precisa deter é científico, haveria uma tendência a agrupá-lo em um ou mais órgãos governamentais. Entretanto, quanto mais particularístico o conhecimento necessário para uma regulação eficiente, mais se deveria recorrer a um modelo

A estratégia contrária, que tem se mostrado cada vez mais popular, busca solucionar ambos os problemas da mesma forma: utilizando instrumentos que incluam os regulados no processo de elaboração do ato regulatório<sup>43</sup>, como audiências e consultas públicas<sup>44</sup>.

Busca-se, assim, superar o problema da informação (partindo da premissa de que os regulados são os agentes que mais detém informação<sup>45</sup>), e o problema da adesão (já que a possibilidade de participarem significativamente dos processos de definição do marco regulatório diminui consideravelmente a chance de sua rejeição).

Em conformidade com o exposto acima, Charles Sabel e Jonathan Zeitlin<sup>46</sup> destacam que existe uma tendência recente de se atribuir autoridade regulatória ao menor nível em que ela possa ser feita. Estabelecem-se, assim, processos “de baixo para cima”, que permitem que o regulado agregue à regulação a informação derivada de *know how* que ele detém, mas que muitas vezes o poder público desconhece.

Uma outra tendência verificada por Sabel e Zeitlin corresponde a outorgar permissão para que os regulados experimentem diferentes formas de cumprir as metas estabelecidas pelo regulador, desde que as atinjam<sup>47</sup>. Assim, foge-se do modelo clássico de *regulação de meios* – em que o Estado determina ao regulado como agir – para uma *regulação de fins*, na qual se estabelece o objetivo a ser atingido pelo regulado, que pode escolher a melhor maneira de alcançá-lo.

Isso acontece, por exemplo, quando ao invés de determinar que a indústria siderúrgica instale certos filtros em suas chaminés, o Estado, por meio de sua Agência

---

regulatório que incluísse os regulados, já que estes são os agentes que mais detém esse tipo de conhecimento (HAYEK, Friedrich von August. *The Use of Knowledge in Society*. *The American Economic Review*. V. 35, n. 4, Sept. 1945).

<sup>43</sup> *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 418-419.

<sup>44</sup> Ambos mecanismos destinados a combater o *deficit* democrático na regulação, audiências e consultas públicas diferenciam-se porque, enquanto as primeiras correspondem a um encontro promovido entre as autoridades e aqueles que desejam se manifestar sobre a medida adotada ou futura, nas segundas a manifestação dos interessados é escrita, e deve ocorrer durante o prazo concedido pelas autoridades. No segundo caso, portanto, não há um encontro.

<sup>45</sup> Parte-se da premissa de que ninguém conhece tanto uma atividade quanto aquele que a exerce. Entretanto, essa ideia deve ser relativizada. Como destacado por Hayek em *The Use of Knowledge in Society* (v. NR no 26), o tipo de conhecimento detido por entes/órgãos públicos e agentes regulados é diverso: enquanto os primeiros tendem a concentrar conhecimento científico (detendo informação “a partir de cima”), os segundos concentram conhecimento particularístico, acumulado a partir do desempenho da atividade. Assim, Estado e particulares possuem perspectivas diversas, e uma distribuição de poder regulatório que busque ser eficiente deve levar em consideração essa situação.

<sup>46</sup> SABEL, Charles F.; ZEITLIN, Jonathan. *Experimentalist Governance*. In: LEVI-FAUR, David (ed.) *The Oxford Handbook of governance*. New York: Oxford University Press, 2012.

<sup>47</sup> *Experimentalist Governance*, p. 1-3.

Reguladora, estabelece que as emissões sejam reduzidas em determinado percentual, deixando ao regulador a opção sobre como proceder para atingir esta meta (instalando filtros, alterando a cadeia produtiva, adquirindo créditos de carbono, etc.)<sup>48</sup>.

Essas duas características (tendência a se atribuir autoridade regulatória ao menor nível possível e permitir que os regulados experimentem diferentes formas de cumprir metas) podem ser incluídas naquilo que vem sendo denominado “Nova Governança”, e indicam que ela se inclina pela adoção de uma regulação flexível de uma forma que a regulação coercitiva não pode ser<sup>49</sup>.

Não é incomum, também, que as novas formas de regulação abandonem, ao menos em parte, o que se denomina *hard law*, o direito cogente, composto, portanto, por normas mandatórias. Em seu lugar, cada vez mais são adotadas normas que se incluem naquilo que chama *soft law*<sup>50</sup>. Esse *direito suave* é composto por normas não vinculantes, que podem ter origens diversas.

<sup>48</sup> Esse modelo de regulação de fins mostra-se especialmente interessante (i) em setores que apresentem um dinamismo intenso, por evitar o engessamento de práticas, quando, por exemplo, a evolução tecnológica é mais rápida do que o tempo usualmente requerido para a alteração normativa; (ii) em setores em que alguns dos principais objetivos da regulação possam ser atingidos de diversas formas, como é o caso da regulação ambiental, em que a proteção do meio ambiente pode se dar pela redução da destruição do meio em que o regulado opera, pela compensação através da manutenção de área protegida em localidade diferente, ou por novos mecanismos de compra de créditos de carbono, por exemplo; e (iii) em situações excessivamente complexas, em que o estabelecimento de metas transfere a responsabilidade do atingimento do resultado para o particular, evitando uma discussão acerca da correção ou não dos procedimentos determinados pelos reguladores (que precisam ser estabelecidos de forma pormenorizada) e, conseqüentemente, da fiscalização referente a eles – como vem ocorrendo após a tragédia de Mariana, que reacendeu o debate acerca da necessidade de superação de fragilidades na implementação e fiscalização dos instrumentos previstos no ordenamento brasileiro, voltados à regulação ambiental.

<sup>49</sup> Evocando as vantagens de um modelo privado (ou, ao menos, misto) de regulação, assim se manifestam Cafaggi e Renda: “Private regulation is emerging as a viable solution for a number of problems faced by contemporary societies, and can be superior to traditional command and control regulation due to informational asymmetries, superior coordination, the need for trans-national cooperation and standardization, and also the superior flexibility and adaptability of deossified, privately implemented, designed and enforced rules. This development is, however, still largely ignored by guidance documents on ex ante policy appraisal for public policymakers; meanwhile, private regulators themselves are developing their own guidance documents (...)” (CAFAGGI, Fabrizio; RENDA, Andrea. Public and Private Regulation – Mapping the Labyrinth. *CEPS Working Document* – No.370/October 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2156875>, p. 28)”. Em tradução livre: “A regulação privada está sendo apontada como solução viável para diversos problemas enfrentados pelas sociedades contemporâneas, e pode ser mais interessante do que a regulação estatal tradicional (*command and control*) por lidar melhor com assimetrias informacionais; por corresponder a mecanismo que favorece a coordenação; por atender à necessidade de cooperação e standardização transnacional; e também pela maior flexibilidade e adaptabilidade de suas regras deossificadas. Essa visão, no entanto, ainda não foi suficientemente incorporada aos documentos voltados à orientação dos responsáveis pela criação de políticas públicas, que permanecem guiados por uma avaliação *ex ante* das mesmas; nesse interim, reguladores privados vêm desenvolvendo suas próprias diretrizes”.

<sup>50</sup> Como destaca o professor Daniel Sarmiento, da Universidad Complutense de Madrid, o *soft law* está presente nos sistemas jurídicos desde o Direito romano (que chamava essas normas,

Em primeiro lugar, podem ser produzidas pelo próprio Estado (como ocorre quando edita recomendações, por exemplo). É o que se denomina “*soft law* público”. Podem, ainda, ser resultado da ação exclusiva de particulares, quando se autorregulam independentemente da ação estatal – isso acontece, por exemplo, nos casos de autocertificação privada, quando os particulares se organizam para estabelecer e aferir a observância de padrões na elaboração de produtos ou prestação de serviços. Trata-se, nesse caso, de *soft law* privado. É possível, ainda, que as normas sejam produzidas a partir da colaboração de agentes estatais e não estatais, ocasião em que receberá a denominação “*soft law* público-privado”.

Diante do panorama traçado, conclui-se que, em muitas searas, existe um movimento de migração de um modelo de regulação exclusivamente estatal em prol de um modelo de regulação mista, em que interagem inúmeras instâncias regulatórias estatais e não estatais<sup>51</sup>.

A *regulação contemporânea* é, portanto, *policêntrica*, e o *pluralismo* é uma das características mais marcantes desse Novo Estado Regulador (ou *Estado Pós Regulatório*, nas palavras de Julia Black<sup>52</sup>). Esse pluralismo se manifesta em relação (i) à produção normativa, que cada vez mais tem origem nos próprios regulados (autorregulação voluntária ou incentivada pelo Estado, por meio da ameaça de uma regulação coercitiva caso a privada não atinja resultados satisfatórios); e (ii) aos mecanismos de controle e agentes responsáveis pelo seu exercício, que cada vez mais decorrem da organização dos próprios agentes privados, seja essa organização fruto de sua vontade livre ou induzida.

Nesse cenário, ganha força a chamada autorregulação, termo polissêmico utilizado para fazer referência à pluralidade de situações nas quais agentes econômicos privados, por meio de mecanismos informativos, persuasivos ou normativos, estabelecem, *em alguma medida*<sup>53</sup>, os parâmetros a serem seguidos

---

desacompanhadas de sanção estatal em caso de descumprimento, de *leges imperfectae*), mas, nos últimos anos, seu uso crescente vem sendo testemunhado especialmente no campo do direito público (SARMIENTO, Daniel. *El Soft Law Administrativo – Un estudio de os efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Espanha: Civitas, 2009).

<sup>51</sup> Essa observação é feita, entre outros, por Diogo Lopes de Barbosa Leite na dissertação “Regulação Policêntrica: a regulação não estatal como alternativa à regulação estatal”, apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestrado em Direito Público em 2013, p. 86.

<sup>52</sup> Essa expressão é utilizada por ela para designar as novas formas de atuação do Estado no campo regulatório em *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self Regulation in a “Post-Regulatory” World*, *Current Legal Problems*, nº 54, 2001.

<sup>53</sup> A tendência, hoje, é denominar “autorregulação” qualquer regulação que envolva a participação dos regulados, ainda que não exclusiva. Para um excelente panorama sobre as normas formas de regulação, v. GARDELLA, Mercè DARNACULLETA. *Derecho Administrativo y Autorregulación: La Autorregulación Regulada*. Tese (Doutorado) – Universitat de Girona, Gerona, 2002. Disponível em: <<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7681/tmdg.pdf?sequence=7>>

por eles próprios, com o objetivo de promover interesses previstos no sistema constitucional ou com ele compatíveis.

Outra estratégia adotada nesse momento de fuga de mecanismos regulatórios coercitivos combinada com uma pretensão regulatória *soft* (crescente em razão do aumento do risco) é a da chamada *arquitetura de escolhas*, sugerida por Cass Sunstein e Richard Thaler<sup>54</sup>. Segundo os professores, o Estado atua como arquiteto de escolhas quando, sem determinar de forma cogente o comportamento a ser adotado pelos indivíduos, *estimule* aqueles que considera mais interessantes. Esses estímulos, muitas vezes, são velados.

O conceito de *nudge*, apresentado por eles e traduzido pela doutrina brasileira como *empurrõezinhos*<sup>55</sup> –, pode ser melhor explicado com exemplos. Como as pessoas consomem mais o que veem primeiro, uma estratégia de combate à obesidade pode ser a de determinar que os restaurantes *self service* aloquem as saladas antes dos demais alimentos.

Um segundo exemplo é real, e corresponde a estratégia adotada pelo Estado do Espírito Santo: para diminuir o consumo de sal, foi editada a lei estadual nº 10.369/2015, que proibiu que bares e restaurantes disponibilizassem saleiros sobre as mesas. Assim, o consumidor que desejar salgar a comida terá que pedir o saleiro ao garçom, evitando a prática comum de colocar sal automaticamente no prato – muitas vezes antes de provar a comida.

O terceiro exemplo é extraído das lições de José Vicente Santos de Mendonça que, considerando o já mencionado viés do *status quo*, destaca que uma estratégia estatal para estimular as pessoas a aderirem a sistemas de previdência privada poderia ser a de determinar que essa opção venha pré-selecionada nos contratos de trabalho, bastando aos que com ela não concordem, desmarcá-la<sup>56</sup>.

A análise dos exemplos permite perceber que o *nudge* apresenta uma estrutura dúplice: tem uma face cogente (o dono do bar deve retirar o sal das mesas, o dono do buffet deve dispor as saladas em primeiro plano, o empregador deve oferecer o contrato de trabalho com a opção pela previdência

---

<sup>54</sup> SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*. New York: Penguin, 2008.

<sup>55</sup> Entendemos que *estímulos* seria uma palavra menos “estranha” à formalidade comumente empregada no meio acadêmico brasileiro.

<sup>56</sup> O exemplo foi dado em sala de aula, enquanto cursávamos a disciplina *Regulação Econômica e Democracia*, no programa de Pós Graduação da UERJ, em 2015.2, e é inspirado em uma das estratégias sugeridas por Sunstein e Thaler para aumentar o grau de adesão de empregados americanos ao programa de previdência conhecido como 401 (k). Nas páginas 108 e 109 de “*Nudge*,” esses autores sugerem que a adesão a esse vantajoso programa seja automática, a menos que o empregado decida expressamente não integrá-lo (*the right to opt out*). Convém destacar que a estratégia foi expressamente adotada em 2006, com a aprovação do *Pension Protection Act*, que criou incentivos para que os empregadores estabelecessem a adesão automática de seus empregados em troca de benefícios (“*Nudge*”, pp. 115-116).

privada pré-selecionada), e uma face não mandatária, que visa apenas estimular comportamentos (estimular o consumidor a consumir mais saladas e menos sal, estimular o empregado a aderir a um plano de previdência privada).

Logo, o *nudge* corresponde a uma estratégia que restringe a liberdade de alguns destinatários da regulação para estimular que outros – os seus beneficiários – adotem voluntariamente as decisões que o Poder Público entende como as mais corretas para seu bem-estar.

Naturalmente, existem inúmeras discussões acerca dos fundamentos e limites desse tipo de intervenção, referentes, especialmente, à justificativas do agir estatal e ao nível de transparência que deve ser dado ao fato de que o Estado está tentando moldar comportamentos em um ou em outro sentido<sup>57</sup>.

A própria lei do sal, no Espírito Santo, vem gerando muita controvérsia. Um restaurante de Vitória, por exemplo, retirou os saleiros das mesas para não ser multado, mas, em protesto contra ela, os perdurou no teto<sup>58</sup>. A conduta foi apoiada por diversos frequentadores, que adotaram o discurso de que “a vida é minha e eu como a quantidade de sal que quiser”<sup>59</sup>, sem compreender que a lei não veda o consumo, apenas o desestimula.

De qualquer forma, é fato que, para promover a adesão dos regulados a um padrão de comportamento que acredite ser benéfico ao Estado ou a eles próprios, o direito regulatório vem, cada vez mais, se utilizando de *insights* da economia comportamental – que une conhecimentos de psicologia e economia para descrever/prescrever de forma mais acurada o padrão de escolhas dos indivíduos.

As diferentes estratégias regulatórias descritas acima são exemplos do que a doutrina convencionou chamar de *Neorregulação*, termo cunhado para fazer referência ao conjunto de instrumentos regulatórios contemporâneos que pretendem resolver os desafios associados à regulação pública da economia. Assim, “Nova Governança Regulatória” e “Neorregulação” são sinônimos. Pela abertura a essas novas estratégias, o Estado evita (ou ao menos minimiza) os *custos da regulação* e os *riscos associados ao excesso de regulação*.

Entre os custos da regulação, destacam-se (i) os *custos orçamentários*, referentes, por exemplo, à manutenção de um órgão ou ente público com muitos funcionários e vasta estrutura física, e (ii) os *custos de cumprimento da regulação*, que

---

<sup>57</sup> Para um primeiro contato com a temática do paternalismo (e as críticas feitas a essa postura estatal), recomenda-se *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*, de Sunstein (Yale University Press, 2015); e *Nudging and the Principle of Proportionality – Obligated to Nudge?*, de Mark Schweizer. (*Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*, Springer. Disponível em SSRN: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2607239](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2607239))

<sup>58</sup> <http://noticias.r7.com/cidades/para-burlar-lei-que-proibe-sal-sobre-a-mesa-restaurante-no-es-pendura-saleiros-no-teto-11072015>

<sup>59</sup> *Idem*.



envolvem o desenho dos arcabouços institucionais e o emprego dos recursos necessários para a implementação da política regulatória.

Dentre os riscos associados ao excesso de regulação incluem-se o *risco da captura* e o *risco do estrangulamento dos mercados*. O primeiro ocorre quando a regulação pública deixa de buscar realizar o interesse público, e passa a atuar em favor da promoção de interesses privados – daí dizer-se, por exemplo, que agências reguladoras podem ser “capturadas” pela pressão do poder econômico das empresas reguladas ou de determinados grupos de interesses<sup>60</sup>. Por sua vez, o risco do estrangulamento do mercado se concretiza quando a criação de exigências burocráticas despropositadas acarreta uma limitação significativa do desempenho desse sistema.

Existem, portanto, inúmeras vantagens potenciais em substituir, ao menos em parte, um modelo regulatório tradicional por essas estratégias englobadas no conceito de Nova Governança, que abrem caminho para uma *regulação pragmatista-experimental*<sup>61</sup>.

*Pragmatista* pois preocupada, essencialmente, com o atingimento dos fins desejados. O resultado da regulação vem, cada vez mais, exercendo um papel legitimador da mesma, em detrimento de uma justificativa fundada essencialmente no poder estatal – até porque, como visto, cada vez é maior o recurso a novas formas de regulação que emergem de atores não estatais.

*Experimental* pois, diante dos desafios contemporâneos, é especialmente flexível, carregando em si uma propensão à abertura a novas formas e novas soluções, em um nível jamais atingido pela regulação estatal tradicional.

## 4. Conclusão

Retomam-se, na conclusão, as principais lições do presente artigo: a ideia de que a Nova Governança corresponde a noção em permanente mutação, por meio da qual se busca fazer referência a estratégias empregadas para combater ou minimizar os principais problemas associados à regulação estatal tradicional (*command and control*), entre as quais se destacam: (i) a adoção de um modelo policêntrico de regulação; (ii) a abertura da regulação pela adoção de mecanismos como audiências e consultas públicas; (iii) a adoção de um padrão de regulação *soft* em setores com ele compatíveis; e (iv) a

---

<sup>60</sup> Sobre a Teoria da Captura e os mecanismos para combatê-la, v. MOSS, David A., Carpenter, Daniel (eds.). *Preventing Regulatory Capture: Special Interest Influence, and How to Limit it*. New York: Cambridge University Press, 2014. Ainda sobre o tema, recomendamos os excelentes LESSIG, Lawrence. *Institutional Corruptions*. *Edmond J. Safra Working papers no1*, March 2013. Harvard University. Disponível em < Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=2233582>>.

<sup>61</sup> O termo é utilizado por José Vicente Santos de Mendonça em *Direito Constitucional Econômico* (p.435 e ss.).

arquitetura de escolhas, pelo estímulo a determinados comportamentos por meio da edição de normas que possuam natureza dúplice – cogente para alguns dos seus destinatários, mas de observância facultativa por aqueles cujos comportamentos desejam influenciar.

## Bibliografia

BLACK, Julia. “Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a ‘Post-Regulatory’ World”, *Current Legal Problems*, nº 54, 2001.

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962

CAFAGGI, Fabrizio; RENDA, Andrea. *Public and Private Regulation - Mapping the Labyrinth*. CEPS Working Document - No.370/October 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2156875>>

CONOLLY, Terry; ARKES, Hal R.; HAMMOND, Kenneth R. (Eds.). *Judgment and Decision Making: An Interdisciplinary Reader*. 2nd. Ed. New York: Cambridge University Press, 2000.

DINIZ, Eli. *Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90*. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 38, no 3, 1995

GARDELLA, Mercè DARNACULLETA. *Derecho Administrativo y Autorregulación: La Autorregulación Regulada*. Tese (Doutorado) – Universitat de Girona, Gerona, 2002. Disponível em: <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/7681/tmdg.pdf?sequence=7>

GONÇALVES, Alcindo. *O Conceito de Governança*. Disponível em <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/conceito\\_de\\_governanca.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/conceito_de_governanca.pdf)>

HAYEK, Friedrich von August. The Use of Knowledge in Society. *The American Economic Review*. V. 35, n. 4, Sept. 1945

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos; Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131.

LEITE, Diogo Lopes de Barbosa. *Regulação Policêntrica: a regulação não estatal como alternativa à regulação estatal*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

LOBEL, Orly. *New Governance as Regulatory Governance*. Disponível em < [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2179160](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2179160) >

MENDONÇA, José Vicente Santcorros de. *Direito Constitucional Econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

OGUS, Anthony. Rethinking self-regulation, *Oxford Journal of Legal Studies* no 15:97-108, 1995.

RIBAS, Lidia Maria; Godoy, Zaida de Andrade Lopes. *Governança Regulatória: Cooperação e Parcerias para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=186c9b923fc7eb4d> .

ROSENAU, James N. “Governança, Ordem e Transformação na Política Mundial”, in Rosenau, James N. e Czempiel, Ernst-Otto. *Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial*. Brasília: Ed. Unb e São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000

SABEL, Charles F.; ZEITLIN, Jonathan. Experimentalist Governance. In: LEVI-FAUR, David (ed.) *The Oxford Handbook of governance*. New York: Oxford University Press, 2012.

SARMIENTO, Daniel. *El Soft Law Administrativo – Un estudio de os efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Espanha: Civitas, 2009.

SCHWEIZER, Mark, *Nudging and the Principle of Proportionality – Obligated to Nudge?* (May 17, 2015). Klaus Mathis (ed.), *Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship*, Springer (Forthcoming). Disponível em SSRN: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2607239](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2607239)>

SHAPIRO, Martin. A comparison of US and European independent Agencies. In: *Comparative Administrative Law*. ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. (org.) Northampton: Edward Elgar, 2010, pp. 293-306.

SLAUGHTER, Anne-Marie “The Real New World Order”. In: *Foreign Affairs*, 76, 5, September/October, 1997

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Ano 1, Vol. 1, N° 2, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. Paradoxes of the Regulatory State. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 57, No. 2, Administering the Administrative State (Spring, 1990), pp. 407-441

\_\_\_\_\_. *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. Yale University Press, 2015

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. *Nudge: Improving decisions about Health, Wealth and Happiness*. New York: Penguin, 2008.

TREBING, Harry M. Public Utility Regulation: A Case Study in the Debate over Effectiveness of Economic Regulation. *Journal of Economic Issues*, Lincoln; vol. 18(1): pp. 223-250; March 1984

VISCUSI, W. Kip, *Risk by Choice: Regulating Health and Safety in the Workplace*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

# Análise dos Elementos Normativos Fundamentadores do Enunciado nº 16 do FONACRE

*Marcelo Lelis de Aguiar<sup>1</sup>*

## **Enunciado nº 16 do FONACRE**

Depende de autorização judicial a solicitação de informações cadastrais pela autoridade policial a partir do IP, IMEI, endereço físico ou qualquer outra forma de identificação do terminal utilizado para acesso, produção ou tráfego pela rede mundial de computadores.

## 1. Introdução

Atualmente, vivenciamos uma escalada global da prática de *cybercrimes* ou crimes cibernéticos. Visualiza-se um incremento quase que exponencial do número de crimes praticados por meio da rede mundial de computadores. Estima-se que no ano de 2018 perdeu-se cerca de \$1.5 trilhão de dólares americanos por meio destes delitos virtuais<sup>2</sup>. Já para o ano de 2021 esta estimativa sobe para os impressionantes \$6 trilhões de dólares anuais.<sup>3</sup>

*Cybercrime*, crime digital, delito virtual, crimes cibernéticos, dentre outras derivações ou neologismos hodiernamente encontrados, nada mais significam

---

<sup>1</sup> Juiz Federal Substituto da 2ª Vara Federal de Sorocaba/SP, Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo

<sup>2</sup> O estudo desenvolvido pelo professor de criminologia Dr. Michael McGuire, da Universidade de Surrey, no Reino Unido, aponta a perda gerada com os crimes cibernéticos na ordem de \$1.5 trilhão de dólares estadunidenses para o ano de 2018, estimativa esta que abarca tão-somente os crimes praticados pela internet, não contabilizando as perdas decorrentes de fraudes realizadas em dispositivos celulares. Tal montante é muito maior do que o Produto Interno Bruto – PIB de muitos países, destacando, o estudioso, visando demonstrar a magnitude desta cifra, que tal número é semelhante ao PIB da Rússia, 12ª potência econômica mundial. (Disponível em: <<https://www.thesslstore.com/blog/2018-cybercrime-statistics/>>. Acesso em 22/09/2018)

<sup>3</sup> The 2017 Official Annual Cybercrime Report is sponsored by Herjavec Group (Disponível em: <<https://1c7fab3im83f5gqiow2qqs2k-wpengine.netdna-ssl.com/2015-wp/wp-content/uploads/2017/10/2017-Cybercrime-Report.pdf>>. Acesso em 22/09/2018)

que a prática de tipos penais previstos na legislação utilizando-se de processos, métodos, técnicas, ferramentas ou equipamentos digitais para a prática delitiva ou, ainda, empregando-se a rede mundial de computadores para sua perfectibilização.

No atual estágio evolutivo de nossa sociedade, já na denominada *quarta revolução industrial*, a profunda reestruturação dos modos de vivência do ser humano, agregando a velocidade, o alcance e o impacto das tecnologias existentes, levam-nos a uma convergência digital, física e biológica nunca antes experimentadas em nossa cadeia existencial. Seres humanos interagem com equipamentos como se fossem outros indivíduos, ou até mesmo como partes de seu próprio corpo, em uma releitura contemporânea do Homem Vitruviano, só que desta vez as proporções divinas são plasmadas em bytes.

E desta nova realidade, juntamente com os inúmeros benefícios gerados à toda sociedade, emergem também novas formas de práticas de lesões aos tradicionais bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico, tendo identificado, os cybercriminosos, diversas vantagens que a nova realidade proporciona para efetivação de seus desideratos criminosos. Dentre as facilidades existentes, podemos destacar, para fins didáticos, alguns exemplos, tais como a inexistência de limites territoriais para a prática de crimes, podendo um delito facilmente ser *plurilocal* ou *à distância*<sup>4</sup> sem subsistir qualquer esforço adicional ao sujeito ativo; o anonimato suposto consiste em outro atrativo aos criminosos virtuais, pois, acreditando que não serão identificados, incentivam-se na prática delitiva confiando na impunidade de sua conduta.

Não obstante inexista definição e classificação doutrinárias sedimentadas acerca dos *cybercrimes*, pode-se separar os crimes cibernéticos em dois grandes grupos, *i.e.*, **crimes de alta tecnologia** (*high-tech crimes* ou *advanced cybercrimes*) e os **crimes possibilitados digitalmente** (*cyber-enabled crimes*)<sup>5</sup>. Aqueles são os crimes em que se utilizada um alto conhecimento computacional ou avançada tecnologia e são geralmente realizados contra computadores ou outros dispositivos eletrônicos conectados individualmente ou em rede (*smart devices*), tais como celulares, *tablets* ou outros *gadgets*<sup>67</sup>. Já os denominados *crimes de alta*

---

<sup>4</sup> *Crime plurilocal* é aquele praticado dentro de um mesmo Estado soberano, mas atingindo duas ou mais localidades internas, *i.e.*, a ação ou omissão se inicia em determinada localidade e o resultado ocorre em outra. Já o *crime à distancia* ou *de espaço máximo* ou *transnacional* é aquele em que a ação ou a omissão se inicia em um país e o resultado ocorre em outro.

<sup>5</sup> Interpol, Crime Areas, Cybercrime (Disponível em: <<https://www.interpol.int/Crime-areas/Cybercrime/Cybercrime>>. Acesso em 22/09/2018)

<sup>6</sup> Segundo o *Cambridge Dictionary*, *gadget* significa um pequeno dispositivo ou máquina para uma utilidade específica (tradução livre de “*a small device or machine with a particular purpose*.”) (Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/us/dictionary/english/gadget>>. Acesso em 22/09/2018).

<sup>7</sup> Neste ponto, importante nos apercebermos do potencial de utilização, para o bem e para o mal, da revolução que se encontra em plena implementação com a denominada internet das

*tecnologia*, por sua vez, são os usuais delitos previstos em nossa legislação e que podem ser praticados tanto sem a utilização de recursos tecnológicos, quanto podem ser cometidos – e potencializados – por meio da rede mundial de computadores ou mediante o uso de outros recursos tecnológicos existentes.

Assim, o que diferencia estas duas espécies de cybercrimes é, pragmaticamente, a impossibilidade de ser empreendido um *crime de alta tecnologia* sem equipamentos digitais<sup>8</sup> com possibilidade de conexão a outros dispositivos, ao passo que os *crimes possibilitados digitalmente* são aqueles que se utilizam de equipamentos digitais para sua prática, não obstante possam ser empreendidos sem a utilização de qualquer recurso tecnológico para sua concretização, tais quais o estelionato, o furto, os crimes contra a honra, dentre outros.

## 2. Das disposições legislativas

Da sucinta introdução acima, verifica-se a necessidade de serem implementados mecanismos aptos a possibilitarem um efetivo combate ao crime nessas novas modalidades de atuação. As ações legislativas ainda são tímidas, não atingindo a dimensão e a velocidade necessárias aptas a uma eficaz persecução penal aos crimes cibernéticos. Alias, a tutela adequada se perfaz no grande desafio contemporâneo, que, alicerçado em BOBBIO, com a necessária adaptação para a transposição de enfoque, tem-se que a efetiva proteção jurídica é o norte a ser buscado na atualidade, não mais pautando a discussão na subsistência, ou não, no reconhecimento de determinados direitos, mas sim em como garantir os já estabelecidos. Portanto, na reforma ou remodelamento de nosso arcabouço jurídico, imprescindível buscar os melhores e mais eficientes meios de se atingir a tutela do direito subjetivo, *i.e.*, “qual é o modo mais seguro para garanti-los” (BOBBIO, *A Era dos Direitos*, 2004, p. 17)<sup>9</sup>.

Destacando a normatização existente, em um espectro mais amplo, abarcando não só a processualística, mas também as normas de direito matéria,

---

coisas ou IoT (*Internet of Things*), que nada mais é que a conexão dos mais diversos objetos e equipamentos utilizados em nosso dia-a-dia com a rede mundial de computadores. Trata-se de uma realidade já vivenciada diuturnamente por nós, que pode ser notada na visualização de imagens nas centrais de segurança pela internet ou controlando a televisão pelo celular por meio da conexão com a internet, dentre tantas outras hipóteses possíveis de serem citadas.

<sup>8</sup> *Equipamento digital*, no presente contexto, deve ser entendido como um aparelho eletrônico que contenha um processador controlador para realizar o propósito para o qual foi desenvolvido.

<sup>9</sup> A exposição de motivos do vigente Código de Processo Civil bem enfatiza a o acima explicitado, nos seguintes termos: “*Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.*”

tem-se alguns avanços importantes na seara da regulação digital, podendo serem citadas, dentre outras, as seguintes normas: Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018), inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR – *EU General Data Protection Regulation*, Regulação (UE) 2016/679)<sup>10</sup>; Marco Civil da Internet (Lei 13.709/2018); inserção dos delitos de “Disponibilização e Armazenamento de Pornografia Infanto-juvenil” no ECA – Estatuto da Criança e Adolescente, efetivada por meio da Lei 11.829/2008; inserção do crime de “Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia” no Código Penal, por meio da Lei 13.718/2018; criação dos Registros Públicos Eletrônicos (Lei 11.977/2009) etc.

Já no que tange ao direito adjetivo, notadamente na seara penal, a Lei do Crime Organizado – LCO (Lei 12.850/2013) e o Código de Processo Penal – CPP, com a inserção do art. 13-A realizada pela Lei 13.344/2016, vieram contribuir com a efetividade do combate à criminalidade digital, inclusive conferindo maior eficácia e praticidade à persecução penal ao dispensar a necessidade de autorização judicial para o acesso à determinadas informações sensíveis. A Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998) também possibilitou o acesso “*aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço*” (art. 17-B), entretanto, de aplicação muito mais restrita, abarcando apenas as apurações direcionadas aos objetos tutelados por esta lei, quais sejam, o combate aos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e a prevenção da utilização do sistema financeiro para fins ilícitos.

Com efeito, já no âmbito da Lei do Crime Organizado, permite-se o acesso pelo Delegado de Polícia ou pelo membro do Ministério Público, independentemente de autorização judicial, aos *dados cadastrais* do investigado atinentes: *i*) à qualificação pessoal; *ii*) à filiação; *iii*) ao endereço mantido na Justiça Eleitoral; *iv*) às empresas telefônicas; *v*) às instituições financeiras; *vi*) aos provedores de internet e *vii*) às administradoras de cartão de crédito (LCO, art. 15); assim como ao acesso das informações temporalmente limitadas dos *viii*) dados de reservas e registro de viagens em empresas de transportes (LCO, art. 16); e *xix*) registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais (LCO, art. 17).

Já na disposição existente no Código de Processo Penal a amplitude de requisição possui um feixe mais alargado, pois além de viabilizar o acesso aos *dados e informações cadastrais* dos suspeitos, permite também a requisição dos dados da vítima, tanto no que tange a quaisquer órgãos públicos quanto a entidades privadas (art. 13-A).

---

<sup>10</sup> Disponível em: [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection_en). Acesso em 22/12/2018.



### 3. Da interpretação normativa

Tais disposições legais hão de ser interpretadas de forma sistemática aos demais normativos legais existentes, com suas limitações decorrentes da privacidade do ser humano constitucionalmente qualificada (Constituição, art. 5º, X), e realizando-se uma ponderação entre o fim almejado com a informação buscada e a repercussão na esfera da individualidade do ser humano com a informação sensível relativamente publicizada.

Neste diapasão, mesmo não sendo causa de reserva de jurisdição, o princípio da proporcionalidade deve ser o vetor interpretativo a ser aplicado ao caso para o fim de se aferir se o meio utilizado é o *adequado* (*geeignetheit*) para dar maior grau de probabilidade de sucesso à persecução penal; se subsiste a *necessidade* (*notwendigkeit*) de se utilizar de tais informações sensíveis, haja vista a inexistência de êxito ou da celeridade adequada em face de sua não utilização; e, por fim, constatando-se se há *proporcionalidade em sentido estrito* ao fim almejado, *i.e.*, se deve ocorrer a publicidade relativa da informação privada em detrimento à esfera de intimidade da pessoa humana, enaltecendo-se, assim, um bem jurídico de maior envergadura axiológica, no caso prático, quando em colisão com outro direito fundamental existente.

Tal aferição deve ser empreendida pelas autoridades públicas requisitantes, que, além de agentes públicos, são operadores técnicos do direito, que devem responder eventualmente no âmbito civil, administrativo e penal por excessos praticados, principalmente nos casos em que incidam os elementos caracterizadores do dolo ou da culpa. De outro lado, à entidade requisitada não deve negar o acesso à informação postulada, devendo, em caso de necessidade de tal negativa, socorrer-se da tutela jurisdicional para descumprir a requisição da informação amparada em mandamento legal, pelos motivos a serem sopesados pelo Poder Judiciário.

Neste ponto, importante repisar, sob o enfoque constitucional, que tais dados e informações se encontram afastados da prerrogativa exclusiva de requisição apenas no âmbito judicial, tal qual se pode aperceber da jurisprudência do e. Supremo Tribunal Federal:

*“A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressaltada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado.”*

(MS 23452, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086)

Ponto que minimiza em grande parte o espectro de incidência de tais disposições normativas consiste na limitação existente em função da aplicação do critério da especialidade, possibilitando apenas seu aproveitamento na *persecutio criminis* dos delitos cujos quais o legislador indicou expressamente sua incidência e, excepcionalmente, por via reflexa, os que lhes são conexos. Assim, somente podem ser utilizados os dispositivos constantes na Lei 12.850/2013 para a obtenção de provas em apurações ligadas às **i**) organizações criminosas, **ii**) crimes transnacionais e **iii**) crimes que tratam das organizações terroristas (respectivamente, art. 1º, *caput*, §2º, inc. I e inc. II da Lei 12.850/2013). Já o art. 13-A do Código de Processo Penal se aplica aos crimes que perfazem o seguinte rol taxativo (*numerus clausus*): **I**) Sequestro e cárcere privado (CP, art. 148); **II**) Redução a condição análoga à de escravo (CP, art. 149); **III**) Tráfico de Pessoas (CP, art. 149-A); **IV**) Extorsão com fim econômico ou sequestro relâmpago (CP, art. 158, §3º) e **V**) Extorsão mediante sequestro (CP, art. 159).

Outro ponto que pode gerar dúvidas acerca da aplicação de tais disposições normativas na seara dos crimes cibernéticos consiste em aferir se em razão das posteriores leis que as sucederam subsistem a estabilidade, eficácia e incolumidade acerca de seu espectro de incidência, *i.e.*, se tais disposições vigem em sua inteireza ou se há alguma especialidade a ser observada, se foram objeto de derrogação ou sub-rogação de seus comandos normativos.

#### 4. Das disposições normativas específicas à proteção de dados

Primeiramente, no que tange ao Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), que trata dos princípios, garantias, direitos e deveres do uso da internet no Brasil, já no início de seu texto, no art. 3º, ao enumerar os princípios deontológicos, prevê expressamente a *proteção à privacidade* (inc. II) como um de seus dogmas a ser observado na utilização da rede no âmbito brasileiro.

Já adentrando aos direitos literalmente expressos dos usuários (art. 7º), o Marco Civil da Internet, ao ser empreendida uma análise sistemática e orgânica de seus dispositivos, vem corroborar o Enunciado nº 16 do FONACRE de que “*independe de autorização judicial a solicitação de informações cadastrais pela autoridade policial a partir do IP, IMEI, endereço físico ou qualquer outra forma de identificação do terminal utilizado para acesso, produção ou tráfego pela rede mundial de computadores*”. Isso porque garante expressamente a “*inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*” (inc. I), determinando o “*não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive*

*registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei*” (inc. IV). Tal disposição ressalva expressamente, por cautela, visando coibir interpretações restritivas, a necessidade de observância das hipóteses legais concessivas do direito de acesso aos dados cadastrais.

Ademais, deixa expressamente afastada a reserva de jurisdição para tais hipóteses, não fazendo qualquer menção acerca da necessidade de ordem judicial para a obtenção dos *dados pessoais*, diversamente do que ocorre com os incisos II e III do mesmo art. 7º, que trataram da mesma temática de acesso a dados privados, mas em que se exigiu o afastamento do sigilo por meio da necessária atuação do Poder Judiciário para obtenção dos *registros de conexão* e do *acesso aos aplicativos*, respectivamente: “*inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei*” (inc. II) e “*inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial*” (inc. III).

Assim, tem-se que não se trata de lapso do legislador, mas sim de sua vontade expressa, considerando desnecessária a atuação judicial para acesso à determinadas informações.

Já ao tratar “*Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas*” na Seção II do Capítulo III, o Marco Civil, em seu art. 10, prevê mais uma vez a necessidade de ordem judicial para o fornecimento de algumas das informações sensíveis em poder do provedor de acesso, mas excetua a regra geral em seu §3º, possibilitando o acesso as informações de *i) qualificação pessoal, ii) filiação e iii) endereço do usuário* às autoridades legalmente autorizadas.

Importante consignar que mesmo que tais autoridades administrativas não tenham acesso direto aos *registros de conexão* e aos *registros de acesso*, podem requerer aos provedores a guarda das informações por lapso temporal superior ao previsto em lei (respectivamente, arts. 13 e 15 do Marco Civil), postulando, posteriormente, ao judiciário, o acesso a tais dados (art. 13, §3º, e art. 15, §3º).

Outro ponto merecedor de destaque consiste no poder de requisição e de acesso do Ministério Público das informações, documentos e banco de dados existentes nos órgãos públicos e privados para fins de instrução dos procedimentos de apuração instaurados no âmbito de sua atribuição, respeitadas as restrições decorrentes da reserva jurisdicional e da correlação direta com o objeto do procedimento existente. No que tange ao Ministério Público da União, tal previsão se encontra estampada no art. 8º, incs. II, IV e VIII da LC 75/1993. Já no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, tais prerrogativas se encontram plasmadas no art. 26, incs. I, “b”, e II da Lei 8.625/1993.

Já quanto aos Delegados de Polícia, a prerrogativa de requisição se encontra normatizada na Lei 12.830/2013, notadamente em seu art. 2º, §2º, mas restrita ao âmbito criminal, ao passo que a possibilidade de requisição dos órgãos ministeriais encontra espectro de incidência mais alargado, podendo serem

requisitadas informações para a instrução de procedimentos investigatórios na seara criminal, civil, administrativa, ambiental, dentre outras.

No que tange à Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018), esta pontualmente afasta a sua incidência (art. 4º) no *tratamento de dados*<sup>11</sup> *pessoais* para fins de segurança pública (inc. III, “a”); defesa nacional (inc. III, “b”); segurança do Estado (inc. III, “c”); e de *atividades de investigação e repressão de infrações penais* (inc. III, “d”), redirecionando à lei específica, ainda não criada, a regulamentação de tais matérias (art. 4º, §1º).

Complementando a análise aqui empreendida, cabe tecer algumas considerações atinentes à Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011 no que tange às *informações pessoais* constantes nos registros e base de dados das pessoas jurídicas de direito público (art. 1º, Parágrafo único) e das pessoas jurídicas de direito privado que se enquadrem nas especificidades dispostas na lei (art. 2º).

A Lei de Acesso à Informação rotula as *informações pessoais* afetas à *intimidade, vida privada, honra e imagem* como de permissão restrita, ou seja, significa dizer que o acesso somente pode ser empreendido por agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem ou, ainda, mediante autorização expressa da pessoa (art. 31, §1º, I e II). Entretanto, subsiste cláusula expressa que proíbe invocar a restrição de acesso para fins de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações esteja envolvido (art. 31, §4º).

Outro ponto a ser observado na Lei 12.527/2011 consiste nas informações relativas a altas autoridades nacionais ou estrangeiras, sendo que tais dados, mesmo que referentes a *qualificação pessoal, filiação e endereço do usuário*, somente podem ser relativamente publicizados mediante determinação judicial, haja vista serem considerados dados imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, nos termos da Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011, art. 23, inc.VII e seu §2º. O mesmo ocorre quando já se tem ciência de investigações em andamento para a apuração da prática de ilícitos e o acesso a tais dados possam comprometer o transcorrer de tais apurações, exigindo, nessa hipótese, tutela jurisdicional para viabilizar o acesso de tais informações (art. 23, inc.VIII).

## 5. Conclusão

Pode-se concluir, portanto, após as análises empreendidas, como regra geral, que as autoridades administrativas incumbidas da persecução penal, membro do Ministério Público e Autoridade Policial, podem ter acesso aos dados estáticos, ou seja, àqueles nos quais não trafegam informações de comunicação direta, acerca

<sup>11</sup> A própria Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) traz uma interpretação autêntica do significado do termo *tratamento de dados*, que consiste em “*toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração*” (art. 5º, inc. X).

dos dados pessoais do usuário do terminal utilizado para acesso, que pode ser indicado pelo *i*) endereço físico; *ii*) IP (*Internet Protocol*) de conexão; *iii*) IMEI (*International Mobile Equipment Identity*), nos casos de dispositivos móveis; ou, ainda, por meio de *iv*) qualquer outra forma idônea não invasiva da intimidade e vida privada do usuário que possibilite a indicação do terminal ou local de acesso, devendo ser disponibilizado a tais autoridades, segundo a requisição realizada, independentemente de determinação judicial, os dados de identificação consistentes na **I) qualificação pessoal, II) filiação e III) endereço do usuário.**

Por todo o exposto, afere-se o acerto na condensação dos itens previstos no Enunciado nº 16 do FONACRE, que dispõe que “Independente de autorização judicial a solicitação de informações cadastrais pela autoridade policial a partir do IP, IMEI, endereço físico ou qualquer outra forma de identificação do terminal utilizado para acesso, produção ou tráfego pela rede mundial de computadores”, inclusive sendo mais comedido do que a viabilidade prática acima apontada, em que poderia ter sido abrangido em seu texto os órgãos do Ministério Público.



Peter Häberle e o direito regulatório:  
*Análise doutrinária sobre o enunciado  
n. 12 do Fórum Nacional da Concorrência e  
da Regulação – FONACRE*

*Bernardo Tinôco de Lima Horta*<sup>1</sup>

## 1. Introdução

O presente artigo tem a intenção de analisar, ainda que brevemente, o embasamento teórico que funciona como substrato para a formulação do Enunciado n. 12 do Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação – Fonacre, organizado pela AJUFE (Associação dos Juizes Federais do Brasil).

O referido enunciado determina que o Poder Judiciário, ao analisar casos relacionados à atividade das agências reguladoras, deverá prestigiar a participação dos agentes reguladores e econômicos, seja por meio de audiências públicas, seja com a admissão de *amici curiae*, ou por qualquer outra medida que promova a ampliação democrática do debate.

Ao analisar o teor do enunciado, é natural a conclusão de que uma de suas premissas científicas é justamente a teoria de Peter Häberle, que trata da sociedade aberta de intérpretes da Constituição<sup>2</sup>.

O presente estudo, portanto, objetiva realizar um percurso teórico, com base nos ensinamentos de Peter Häberle, para que se verifiquem as circunstâncias em que sua teoria possa aplicar-se no âmbito do Direito Regulatório.

<sup>1</sup> Juiz Federal Titular da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia. Bacharel em Direito pela UFMG, com período sanduíche na *Università degli Studi di Roma – “Tor Vergata”*. Especialista em Direito Público pela PUC/MG. Atualmente cursa Especialização em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos na *Università di Pisa – Itália*. Foi também Procurador Federal (AGU). Coordenador da Escola da Magistratura Federal da Primeira Região (ESMAF) na Seccional de Rondônia. E-mail: bernardo.tinoco@trf1.jus.br.

<sup>2</sup> A referência teórica sobre o tema é abordada em “Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”, livro publicado, no Brasil, pela Editora Sergio Antonio Fabris Editor, e com tradução do Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Ainda, ao final do estudo, espera-se realizar uma reflexão sobre os eventuais limites da aplicação da referida teoria – e do referido enunciado – nos processos submetidos à análise da Justiça Federal.

## 2. O enunciado nº 12 do FONACRE

De acordo com o sítio eletrônico da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), o Fórum Nacional da Concorrência e da Regulação – Fonacre se trata de evento que tem por finalidade a realização de um debate com a comunidade jurídica relativamente a temas afetos à concorrência e à regulação<sup>3</sup>.

Ainda, ao final da programação científica, são formados grupos de discussão, que, por sua vez, podem aprovar enunciados, consistentes em material de natureza técnica, que orienta a magistratura federal brasileira quanto aos temas ali tratados<sup>4</sup>.

Daí se conclui que os enunciados elaborados no âmbito do FONACRE, portanto, resultam de debates técnicos sobre temas relacionados à concorrência e à regulação, e, embora não sejam vinculantes, consistem em importante fonte de orientação técnica com especial relevância para a magistratura federal.

O sítio eletrônico da AJUFE apresenta para consulta o número de 22 (vinte e dois) enunciados elaborados em duas edições do FONACRE.

Para o presente trabalho, será destacado, de maneira específica, o Enunciado número 12 (doze), que assim dispõe (AJUFE, 2018):

### Enunciado nº 12

O Poder Judiciário deverá prestigiar a participação dos agentes reguladores e econômicos, seja convocando audiências públicas, seja convidando terceiros interessados para integrar a lide na condição de *amicus curiae*, entre outras medidas que promovam a ampliação democrática do debate.

O teor do enunciado em referência é por si só bastante esclarecedor, de modo que recomenda à magistratura federal a utilização de medidas que promovam a ampliação democrática do debate na hipótese de serem analisados casos ligados às agências reguladoras.

Nos próximos itens, será feito um aprofundamento teórico sobre as raízes doutrinárias que informam a conceituação trazida pelo enunciado objeto deste estudo.

<sup>3</sup> Maiores detalhes podem ser obtidos no sítio eletrônico da AJUFE – disponível em <https://www.ajufer.org.br/fonacre>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

<sup>4</sup> Do mesmo modo, essas informações são trazidas no próprio sítio eletrônico do FONACRE, disponível em <https://www.ajufer.org.br/fonacre>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.



### 3. A teoria de peter häberle e sua aceitação no Brasil

#### 3.1. A teoria de Häberle: sociedade aberta dos intérpretes da constituição

Este tópico se destina a examinar, de maneira enunciativa e sistemática, a teoria de Häberle sobre a assim chamada sociedade aberta dos intérpretes da constituição, tendo também o objetivo de verificar a influência desta teoria em nosso país.

Em sua apresentação sobre a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, em obra originariamente datada de 1975 (MENDES, 1997, p. 9), Häberle propõe um novo questionamento e também uma tese – que serão examinados a seguir.

Peter Häberle leciona que a interpretação constitucional vinha sendo, até aquele momento, conscientemente, “coisa de uma sociedade fechada” (HÄBERLE, 1997, pg. 13). Embora não negue caber à jurisdição constitucional dar a última palavra sobre a interpretação (HÄBERLE, 1997, pg. 14), Häberle propõe que “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma” (HÄBERLE, 1997, p. 15). Ao fim, indica que “como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição” (HÄBERLE, 1997, fl. 15), havendo de ser reconhecido o fato de que cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública se configuram em forças produtivas de interpretação, sendo intérpretes da constituição em sentido *lato* (HÄBERLE, 1997, p. 14).

Ainda, o professor aponta, como consequência de sua teoria, que “o juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada”, dada a ampliação democrática dos intérpretes da constituição (HÄBERLE, 1997, fl. 41).

O autor também aponta que, antes da interpretação realizada pelo Poder Judiciário, há um momento em que todas as forças pluralistas públicas, potencialmente, podem ser intérpretes do conteúdo da constituição, sendo que “a esfera pública pluralista (*die pluralistische Öffentlichkeit*) desenvolve força normatizadora (*normierende Kraft*)” – e que, posteriormente, o juiz constitucional haverá de interpretar o texto constitucional em correspondência com a sua atualização pública (HÄBERLE, 1997, p. 41).

Finalmente, para os fins propostos em sua teoria, Häberle aponta que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais deverão ser ampliados

e aperfeiçoados (HÄBERLE, 1997, p. 47), concluindo que o “direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática” (HÄBERLE, 1997, p. 48).

A teoria de Häberle pode também ser esclarecida pelo seguinte trecho de estudo de Inocência Mártires Coelho (COELHO, 1998, p. 158):

*Em tema de direitos fundamentais - e.g. liberdade de cátedra, de criação artística, de imprensa e de organização sindical - é de todo evidente que sem a participação dos seus destinatários, daqueles que vivenciam esses direitos, não se produz uma interpretação sequer razoável do texto constitucional.*

Tal teoria também dialoga com o que a doutrina italiana chama de *diritto vivente* (ZAGREBELSKY, 2008, p. 295), isto é, no sentido de que o direito não se trata de algo estático, mas, sim, se conceitua como um resultado prático da interpretação que se faz do texto normativo conjuntamente com a realidade posta. E, para o conhecimento da realidade, a doutrina de Häberle aponta ser crucial a ampliação democrática daqueles que efetivamente vivem o contexto regulado pela norma.

Diante de tal panorama conceitual, é de fácil conclusão que o Enunciado n. 12 do FONACRE possui embasamento científico na doutrina de Häberle, já que seu conteúdo determina, de forma clara, a necessidade de ampliação democrática dos debates, seja por audiência pública, por *amicus curiae* ou por qualquer outra medida que possibilite a participação da sociedade como intérprete das normas sob exame pelo órgão do Poder Judiciário que está a analisar pedido relacionado ao Direito Regulatório.

### *3.2. A influência do pensamento de Häberle no Brasil*

Antes de aprofundarmos a relação entre a teoria de Peter Häberle e o Enunciado n. 12 do FONACRE, é importante esclarecer que as lições de Peter Häberle se tornaram efetivamente célebres no Brasil a partir de sua obra “Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição” (HÄBERLE, 1997) publicada no Brasil inicialmente em 1997, com tradução do Ministro Gilmar Mendes.

A partir daí, o pensamento de Häberle exerceu uma influência notável na doutrina nacional, e também na jurisprudência pátria.

Gilmar Ferreira Mendes aponta que a contribuição do professor tem sido “inestimável para o desenvolvimento do direito constitucional”, apontando que a consolidação da doutrina da sociedade aberta dos intérpretes se tornou defendida por muitos doutrinadores brasileiros (MENDES, [s.d.], p.2).

As lições de Häberle relativas à abertura dos intérpretes da constituição também é defendida, na doutrina, pelo Ministro Luís Roberto Barroso, quando aponta que “juízes e tribunais são os intérpretes finais da Constituição e das leis, mas não são os únicos. Boa parte da interpretação e aplicação do Direito é feita fora de situações contenciosas, por cidadãos ou por órgãos estatais” (BARROSO, 2015, p. 345).

Inocência Mártires Coelho, ao reverenciar as lições de Häberle, aponta que a sua influência também está intimamente relacionada com o projeto de lei então submetido ao Congresso que visava à sistematização do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade bem como da ação declaratória de constitucionalidade (COELHO, 1998), e que ampliou significativamente a participação democrática no processo de controle de constitucionalidade, conforme se vê da lei resultante do referido processo legislativo – isto é, a Lei n. 9.868 de 1999 (HORTA, 2012, p. 22).

É importante registrar, ainda, que, somente no Supremo Tribunal Federal, há ao menos 125 (cento e vinte e cinco) acórdãos que fazem expressa referência doutrinária às lições do professor Häberle<sup>5</sup>, um número bastante expressivo, que ilustra o tamanho da influência de Häberle na corte mais importante de nosso país.

A rigor, o que se viu em nosso país, após a adesão à teoria de Häberle quanto à abertura dos intérpretes da constituição, foi verdadeira revolução conceitual, o que culmina com as audiências públicas constantemente convocadas pelo Supremo Tribunal Federal em temas polêmicos<sup>6</sup>, bem como na própria previsão expressa do instituto do *amicus curiae*, disposta no art. 138 do Código de Processo Civil de 2015.

Registre-se que, não por acaso, tanto a audiência pública como o *amicus curiae* são abordados também pelo Enunciado n. 12 do FONACRE.

#### 4. Encontro teórico entre o enunciado n. 12 E a teoria da sociedade aberta dos intérpretes. Instrumentos possíveis de abertura democrática do poder judiciário

Diante do panorama até aqui delineado, é natural a conclusão de que o Enunciado n. 12 do FONACRE tem ligação indissociável com a teoria de Häberle sobre a sociedade aberta dos intérpretes da constituição.

<sup>5</sup> Dados consultados no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, conforme o seguinte *link*: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PETER+HABERLE%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y9f5po76>, Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

<sup>6</sup> As inúmeras audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal estão elencados no seguinte endereço eletrônico: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

Com efeito, o enunciado em comento orienta a magistratura federal no sentido de que, ao analisar casos relacionados à atividade das agências reguladoras, o juízo deverá prestigiar a participação dos agentes reguladores e econômicos, seja por meio de audiências públicas, seja com a admissão de *amici curiae*, ou por qualquer outra medida que promova a ampliação democrática do debate.

Assim, o enunciado coloca em evidência o raciocínio de Häberle, que leciona, como acima visto, que a sociedade que vivencia a norma é também intérprete da constituição, ainda que em sentido *lato* (HÄBERLE, 1997, 14), sendo que os atores sociais “são participantes fundamentais no processo de ‘trial and error’, de descoberta e obtenção do direito” (HÄBERLE, 1997, p. 42). Dessa forma, o Enunciado n. 12 do FONACRE conclui ser necessária a ampliação democrática do debate, em uma clara alusão à teoria de Häberle (HÄBERLE, 1997, pg. 41).

Ademais, o enunciado também adere à concepção de Häberle no ponto em que sugere a utilização não só de audiências públicas ou do *amicus curiae*, mas também de qualquer outra medida que promova a ampliação democrática do debate – de modo a concretizar a ampliação e aperfeiçoamento os instrumentos de informação dos juízes (HÄBERLE, 1997, p. 47).

Dentro desta ótica, ganham relevo também os poderes instrutórios do juiz, que possibilitam a realização de quaisquer atos que ampliem o debate democrático, como tratado por outro enunciado do FONACRE – o Enunciado n. 11<sup>7</sup> –, isto é, atos que levam o magistrado a privilegiar o controle de juridicidade empiricamente informado.

Nesse quadro, se faz de grande importância a utilização dos meios de acesso democrático ao debate jurídico realizado perante o juízo competente para analisar o caso, já que, além de configurar-se em meio para trazer para o debate os intérpretes que efetivamente vivenciam a norma, esta abertura democrática também consiste em instrumento para fazer prevalecer uma decisão resultante de um controle de juridicidade empiricamente informado.

Como outro instrumento de ampliação democrática do debate, pode-se citar a possibilidade de inspeção judicial, prevista nos arts. 481 a 484 do Código de Processo Civil, e que se constitui em importante meio de prova em que o magistrado realiza um contato direto com os atores sociais (comunidade afetada, consumidores, empregados de eventual concessionária) relacionados ao tema em análise, sempre que “julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar” (art. 483, I, do CPC).

---

<sup>7</sup> Enunciado n° 11

O Poder Judiciário deve primar pelo controle de juridicidade empiricamente informado, incentivando as partes e terceiros interessados a apresentarem dados técnicos e científicos que subsidiem a verificação lógica entre as premissas, as metodologias e as conclusões que embasam os atos regulatórios. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/fonacre/enunciados-fonacre>. Acesso em: 15 de dezembro de 2018.

## 5. Limites e possibilidades da aplicação do enunciado n. 12 Na prática da justiça federal. O momento da decisão. O direito comparado

Já neste ponto do estudo, podem ser feitas algumas reflexões sobre os limites e possibilidades de aplicação do Enunciado n. 12 na prática da Justiça Federal.

Inicialmente, registre-se que alguns casos de urgência que chegam ao Poder Judiciário podem gerar uma impossibilidade fática e temporal para a realização de audiências públicas antes do momento da decisão liminar.

Nesta hipótese, o magistrado, embora possa decidir sem justificativa prévia (art. 300, §2º, do CPC), deve atentar-se para os perigos da irreversibilidade da decisão (art. 300, §3º, do CPC), bem como para os seus efeitos (art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Sobre o tema, é importante, apenas para registro, fazer referência ao Enunciado n. 10 do FONACRE, que dispõe que a decisão judicial deve ter “o menor grau de impacto interventivo possível, também atentando para as consequências políticas, econômicas e concorrenciais de suas decisões” (AJUFE, 2018).

Há outros limites, no entanto, que devem ser objeto de reflexão sobre a utilização do *amicus curiae*. Embora se trate de instituto que detém importante papel na ampliação democrática do debate, deve-se reconhecer a posição restritiva da doutrina italiana sobre o tema, que admite cautela na utilização do *amicus curiae* – tendo em vista a possibilidade de atuação *parcial* nos feitos em que intervém.

Sobre este ponto, convém citar a doutrina de Mariarosa Vicario, que aponta que numerosas são as organizações que pedem para intervir como *amici curiae*, especialmente nas questões que possuem uma forte ressonância político-social, havendo até mesmo o surgimento de associações exclusivamente com esse objetivo – podendo falar-se, a propósito, de *judicial lobbying* [força de pressão judicial] (VICARIO, 2017, p. 09).

Também Criscuoli demonstrava, na década de 1970, que tal já era uma preocupação dos Estados Unidos, naquilo que se entendia como uma virada de neutralidade para parcialidade do instituto – no original: *from neutrality to partisanship*<sup>8</sup> (CRISCUOLI, 1973, p. 192).

Este entendimento também ganha reverberação na doutrina brasileira, que aponta a necessidade de neutralidade do *amicus curiae*, não lhe cabendo, no processo, defender um interesse específico próprio (RAZABONI, 2009, p. 275). Cássio Scarpinella Bueno vai além ao lecionar que a imparcialidade do

---

<sup>8</sup> Expressão que, em tradução livre, pode ser entendida como “da neutralidade à atuação parcial”.

*amicus* deve ser considerada como “requisito indispensável para o seu ingresso e manifestação em juízo” (BUENO, 2006, p. 539) podendo o magistrado até mesmo realizar diligências a fim de verificar quem financia ou incentiva a participação de determinado sujeito como *amicus curiae* (BUENO, 2006, p. 539).

Parece adequada, de todo modo, a proposta formulada por Cocco-Ortu, que sugere a realização de um equilíbrio entre (i) a necessidade de abertura democrática dos juízos constitucionais; e, por outro lado, (ii) a necessidade de limitar-se o poder dos *lobbys* que possam usar a via jurisdicional como instrumento de modificação das normas. (COCCO-ORTU, 2013, p. 32).

Portanto, o que se vê é que, por um lado, existe a necessidade de efetivação da doutrina de Häberle na análise de casos judiciais relacionados ao campo de atuação das agências reguladoras, conforme previsto no Enunciado n. 12 do FONACRE. Mas, no entanto, é necessário que a Justiça Federal se proteja também contra a força de pressão de eventuais grupos de interesse que, a pretexto de utilizar-se dos instrumentos de participação democrática, possam organizar-se de maneira a fazer valer os seus interesses em detrimento de outros atores sociais menos organizados ou que detenham condição de poder ou condição econômica que os coloquem em desvantagem no debate público realizado perante o juízo.

## Conclusão

O presente estudo teve por objetivo realizar uma análise acadêmica sobre o Enunciado n. 12 do FONACRE, evento de responsabilidade da AJUFE.

Como se pôde observar, o referido enunciado recomenda a todos os juízes federais que, na análise de assuntos relacionados a atividades submetidas ao Direito Regulatório, privilegiem a ampliação democrática dos debates.

O estudo demonstrou que o conteúdo do referido enunciado se relaciona de forma indissociável à doutrina de Peter Häberle, que trata da sociedade aberta aos intérpretes da constituição – já bastante difundida em nosso país.

Com efeito, é de todo recomendável a ampliação democrática do debate, especialmente em temas com alto grau de complexidade e também com potencial de gerar efeitos de grande impacto na sociedade.

Não obstante, o estudo também objetivou evidenciar alguns limites ou consequências negativas que possam de alguma forma estar relacionados à ampliação democrática do debate que antecede a decisão judicial.

Espera-se que o presente estudo possa ser útil para o aprofundamento a respeito dos enunciados produzidos pelo FONACRE, tão relevantes para a prática da Justiça Federal.

## Bibliografia

AJUFE. *Enunciados do Fonacre*. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/fonacre/enunciados-fonacre>. Acesso em: 15/12/2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7a. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COCCO-ORTU, Anna Maria Leccis. *L'allargamento del contraddittorio ai soggetti portatori di interessi collettivi nel giudizio incidentale: qualche riflessione a partire dall'esperienza francese*. Bocconi Legal Papers. Milão, 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. *As ideias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no Direito Brasileiro*. Revista de informação legislativa, v. 35, n. 137, p. 157-164, jan./mar. 1998.

CRISCUOLI, Giovanni. *Amicus Curiae*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Giuffè Editore: Milano, 1973.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

HABERLE, Peter. *Hermeneutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

HORTA, Bernardo Tinôco de Lima. *Aspectos Processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade: breves apontamentos*. In: Justiça em Revista. Belo Horizonte: Justiça Federal de Primeiro Grau em Minas Gerais, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.

\_\_\_\_\_. *Apresentação*. In: Haberle, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: constituição para e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. *Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_)

[pt\\_br/anexo/Homenagem\\_a\\_Peter\\_Haberle\\_Pronunciamento\\_3\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf)>. [s.n.] [s.d.] Acesso em: 15/12/2018.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RAZABONI, Olívia Ferreira. *Amicus Curiae: democratização da jurisdição constitucional*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, p. 91. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-28062010-090023/pt-br.php>. Acesso em 06/06/2018.

SANTOS, Bruno Carazza dos. *Peter Häberle e as audiências públicas no STF: Um balanço de oito anos*. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 3, p. 13-46, set./dez. 2016.

SILVESTRI, Elisabetta. *L' "amicus curiae": uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Dott. A. Giuffrè Editore: Milano, 1997.

VICARIO, Mariarosa. *I fatti nel giudizio di legittimità costituzionale*. Gruppo di Pisa. Disponível em: [https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Mariarosa\\_Vicario\\_-\\_I\\_fatti\\_nel\\_giudizio\\_incidentale\\_di\\_legittimita\\_costituzionale.pdf](https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Mariarosa_Vicario_-_I_fatti_nel_giudizio_incidentale_di_legittimita_costituzionale.pdf). Acesso em: 01/05/2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*. Bologna: Il Mulino. 2008.



# A demonstração concreta ou potencial dos efeitos dos atos para a constatação da infração à ordem econômica

*Fernando Tonding Etges<sup>1</sup>*

## 1. Introdução

O escopo do presente arrazoado, produzido na esteira dos temas debatidos no Fórum Nacional de Concorrência e da Regulação (FONACRE), é delinear o alcance do *caput* art. 36 da lei nº 12.529/11, examinando a melhor interpretação do trecho que faz alusão aos “*atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados*”. Ademais, busca-se discorrer, dentro dos limites propostos ao trabalho, sobre a potencialidade dos efeitos dos atos que, em tese, podem gerar uma das consequências dos incisos do dispositivo legal citado, caracterizando a infração à ordem econômica.

A relevância do tema está em perquirir, ainda que de forma sucinta, sobre os meandros que cercam as infrações à ordem econômica, assunto de peso quando se trata de temas como livre iniciativa e concorrência, discorrendo-se também sobre os pontos elementares para um ato poder ser caracterizado como infracional, nos termos da Constituição Federal e da lei. Destaque-se que as deliberações tomadas pelo CADE, autarquia que ainda não apresentou uma posição segura sobre o tema, são rotineiramente expostas ao crivo do Poder Judiciário, sendo imperiosa uma análise das características essenciais da questão em concreto.

Não se olvide, por fim, que o presente trabalho deve atender também às exigências estampadas no edital publicado pela AJUFE, especialmente no tocante

---

<sup>1</sup> Juiz Federal Substituto da 3ª Vara Federal de Caxias do Sul-RS, especializado em Direito Processual Civil pela PUC-RS. E-mail fernandoetges@bol.com.br

à extensão, de modo que, ainda que plenamente possível o aprofundamento da matéria, não há falar em seu esgotamento, próprio de alongados debates no seio da doutrina.

## 2. Da ordem econômica na Constituição Federal

O tema envolvendo cartel e, em linhas gerais, infração à ordem econômica, tem seu pilar jurídico centrado na premissa do art. 170 da Constituição Federal, mais precisamente no inciso IV. O dispositivo aponta que “*a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”, devendo ser observado, dentre outros princípios, o da **livre concorrência**. O alcance da norma é substancial, já que o legislador constituinte ponderou como papel da ordem econômica, como visto, conferir a todos uma **vida digna**, enaltecendo o trabalho e a livre iniciativa, notadamente num Estado Democrático de Direito que incentiva a atividade econômica. É emblemático que o *caput* do art. 170 alberga dois fundamentos da República Federativa do Brasil, como retratado no art. 1º, III e IV, da CF/88.

O parágrafo 4º do art. 173, por sua vez, traz outro preceito fundamental dentro do direito concorrencial:

**§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.**

Tratando da análise dos dois dispositivos constitucionais citados, leciona José Afonso da Silva (2010, p. 795):

Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.

Como anota Calixto Salomão Filho, “*é preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas as regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos*” (2003, fl. 52), enaltecendo a eficiência em detrimento da “*esperteza negocial*”.

Eis, portanto, que a eliminação ou mitigação da concorrência surge como uma das consequências do abuso do poder econômico, questão a ser regulada

pelo legislador ordinário. Basta ver que a livre iniciativa, base do sistema econômico, encontra freios em hipóteses de uso abusivo do poder do agente de mercado. É, aliás, isso que também expõe a doutrina de Rodolfo Tigre Maia (2008, fls. 84-85):

O princípio da livre concorrência, por sua vez, apresenta-se concomitantemente como corolário e como vetor limitante ao fundamento da livre iniciativa, na medida em que apenas por seu intermédio esta última é capaz de assegurar os melhores interesses dos consumidores. Com efeito, sua presença é tida por indispensável para que sejam efetivamente atendidas as finalidades constitucionalmente cominadas à iniciativa privada, no âmbito da ordem econômica no sentido de criação das riquezas e das condições materiais necessárias a um quadro de justiça social capaz de proporcionar existência digna a todos. É que a manutenção de uma situação de competitividade entre os diversos agentes econômicos, assegurando-se a *par conditio* entre eles, através do impedimento à criação de favorecimentos de qualquer modalidade, inclusive jurídicos, é imperativa para a melhoria dos bens e serviços oferecidos à população e para o aprimoramento técnico e científico do setor produtivo, que é requisito imprescindível ao desenvolvimento da economia.

O ex-ministro do STF Eros Grau vai ainda mais longe ao destacar que o “*poder econômico é a regra e não a exceção*”, ponderando que tal premissa frustra “*a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor*” (2012, fl. 207).

### 3. Da caracterização da infração à ordem econômica

Delineados pela Constituição Federal alguns pontos fundamentais para o deslinde do tema, coube ao legislador ordinário esmiuçar a questão, detalhando os elementos fundamentais para o controle do uso abusivo do poder econômico. Foi então a lei nº 8.884/94 o ponto de partida da análise do tema, vindo posteriormente a ser substituída pela lei nº 12.529/11. Prega, nesta linha, o art. 36 do atual regramento vigente o seguinte:

Art. 36. 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:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

(...)

Algumas características são marcantes no dispositivo legal, sendo fundamental à análise a sua segregação para melhor entendê-la. A primeira é que os quatro incisos revelam o que, de fato, constitui infração à ordem econômica. Aduz a norma que atos que (1) limitem, deturpem ou prejudiquem de qualquer forma a livre concorrência ou a livre iniciativa, (2) dominem mercado relevante a partir de processo antinatural, ou seja, não centrado na maior eficiência do agente, (3) aumentem injustificadamente, sob enfoque tecnológico ou econômico, os lucros ou (4) exerçam de forma abusiva situação que garante ao agente certa influência sobre a concorrência – o que presumidamente ocorre quando há controle de no mínimo 20% do mercado – são ofensivos à ordem econômica. Ou seja, a norma traz à tona o que são infrações guiando-se pelas consequências ou efeitos dos atos.

A segunda característica é que, pela literalidade da lei, a infração à ordem econômica não pressupõe dolo ou culpa do agente.

A terceira emerge da necessidade de que ocorra um ato. É imprescindível uma ação do agente.

A quarta é que, conquanto a lei preveja nos respectivos incisos os efeitos caracterizadores das infrações, ela deixa claro que os meios para tais consequências podem ser “*de qualquer forma manifestados*”, indicando no parágrafo terceiro hipóteses exemplificativas de atos infracionais. Claramente a lei afasta a necessidade de algum requisito formal específico para efeito de caracterizar o ato como ofensivo à ordem econômica.

A quinta característica de destaque é que, pela literalidade da lei, a infração se concretiza por atos que “*tenham por objeto*” ou por atos que “*possam produzir*”, ainda que de forma potencial, os efeitos descritos nos incisos. Assim, a partir de uma interpretação gramatical da norma, haveria estas duas possibilidades para caracterização da infração, de modo que ela estaria concretizada mesmo que os efeitos não fossem alcançados. Ou seja, à luz de tal exegese, atos contrários à competição devem ser punidos mesmo que ausentes evidências que confirmem as consequências, mesmo que de forma potencial, legalmente previstas.

Destarte, na esteira de tal interpretação, os atos que tenham por objeto uma das consequências lançadas nos incisos pressuporiam dolo ou culpa, já que, sendo desnecessária a prova dos efeitos na hipótese, se teria que examinar no mínimo a intenção do agente. Por outro lado, haveria os atos que podem, ainda

que potencialmente, produzir alguma das citadas consequências. A análise das situações é fundamental. Eis, por sinal, o que aponta a doutrina de Ivo Teixeira Gico Júnior (2006, fl. 128):

Além do objeto do ato (culpa em sentido lato), a literalidade do art. 20 reconhece como critério alternativo para a constituição de uma infração à ordem econômica, ou seja independente de culpa, os atos que possam produzir os seguintes efeitos. Em suma, a letra da lei parece estabelecer em um primeiro momento uma dualidade de critérios para caracterização de um ato como ilícito: a presença do dolo (específico) do agente ou a potencialidade de seus efeitos. Essa dicotomia entre intenção e efeito, que pode causar espécie ao neófito na matéria, é famosa no Direito Concorrencial e tem, pelo menos no âmbito doutrinário, gerado amplo debate.

A interpretação literal do dispositivo, contudo, não parece ser a melhor solução. Isso porque, não há como separar por completo as hipóteses. Basta ver que, se vingasse tal exegese, existiriam duas situações distintas que poderiam configurar infração à ordem econômica: na primeira poderia ocorrer um ato visando, nos moldes do inciso I do art. 36, limitação da livre concorrência, cujos efeitos, pela particularidade do caso concreto, jamais seriam alcançados. É dizer, as consequências anticoncorrenciais do ato seriam sabidamente inócuas; na segunda, não obstante a ausência do elemento volitivo, estaria configurada a infração se um determinado ato gerasse prejuízo à livre concorrência. Como destaca Ivo Teixeira Júnior (2006, fl. 137), “*dolo e efeito seriam critérios alternativos e a presença de qualquer um dos dois seria condição suficiente para a caracterização de uma conduta como infração*”. Na mesma linha, ressalta ele que o mero olhar sobre o objeto, sem atenção aos efeitos do ato, tornaria infração, por exemplo, em total descompasso com o caráter teleológico da lei e a previsão constitucional, os atos perpetrados por agentes inaptos, como acerto entre concorrentes de mercado desprezível, de modo que “*não seria o efeito em si que se combateria, mas a intenção delituosa e desconforme*” (fl. 144).

Destaque-se que Flávia Chiquito dos Santos anota o exemplo do “*dilema dos padeiros*” para exemplificar a incorreção da mera apuração da infração pelo objeto, sem atenção a potenciais efeitos, que consiste num acordo entre dois padeiros para fixar o preço do pãozinho, acerto que não gera nenhum efeito anticompetitivo no mercado, mas apenas uma potencial perda de clientela por eles (2017, fl. 123).

A proteção à ordem econômica pressupõe a maior regularidade possível dos mercados, de modo que atos que “*tenham por objeto*” um dos efeitos, mas jamais os gerem ou possam gerá-los, não guardam relevância para o direito concorrencial, já que não se está a perquirir sobre aspectos morais dos agentes,

mas sim as consequências, ainda que potenciais, dos seus atos. A punição de aspectos éticos, voltada a viés pedagógico, não encontra guarida na esfera do direito em questão.

Em síntese, os ilícitos de mera conduta (regra do *per se*)<sup>2</sup>, desfocados de qualquer efeito ao mercado, repise-se, mesmo potencial, não são alcançados pela norma, devendo à interpretação do art. 36 atentar para isso. Ademais, como dito alhures, tais práticas demandariam a demonstração do elemento subjetivo – sob pena de só existir o ato, já que ausentes os efeitos –, o qual, como se infere da literalidade da regra em questão, é desnecessário. Há inclusive nítida contradição entre um ato que tem por objeto certo efeito e a ausência de culpa em seu sentido amplo. Basta ver que acertos entre agentes sem poder de mercado, em tese, não ensejarão concreta ou potencialmente os efeitos dos incisos do art. 36, o que desconfigura a prática de infração.

É o que aduz também Lafayette Josué Petter, ao anotar que “*ainda que determinada prática possa ser censurada pelos costumes comerciais aceitos, se ela não acarreta, nem pode acarretar, dominação de mercados, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros, não poderá ser taxada de ilícita*” (2009, fl. 235).

Na mesma linha é o que ensina Luís Fernando Schuartz, citado por Paulo Furquim de Azevedo (2014, fl. 281):

*Per se e rule of reason* são, a rigor, padrões de investigação antitruste. Não se trata em hipótese alguma, de rótulos aplicáveis a diferentes categorias de condutas anticompetitivas. De fato, uma determinada conduta tem natureza anticompetitiva se e somente se a ela se associa efeitos líquidos negativos sob o bem estar em termos do exercício de poder de mercado por parte de um ou mais agentes. A presença do efeito anticompetitivo, nesse sentido, é, sempre e necessariamente, elemento constitutivo da definição jurídica de ilícito antitruste.

No âmbito internacional, ainda que haja variadas posições, em especial diante da legislação de cada país, impende chamar atenção para a regra do art. 81 do Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Europeia, que impõe a presença de efeitos deletérios, ainda que potenciais, à economia para efeito de configuração de infração:

São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo

---

<sup>2</sup> Surgida no caso Standard Oil, nos Estados Unidos, em 1911, processo no qual os juízes debateram sobre a regra da razão, hoje entendida como uma análise acerca da razoabilidade dos acertos realizados entre agentes.

ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

Por outro lado, cabe destacar que, no âmbito nacional, o CADE não tem uma posição firme sobre o tema. Note-se que, ao passo que o Anexo I da Resolução 20/1999, ao tratar das práticas restritivas horizontais, faz alusão de que é preciso ponderar os efeitos com os potenciais impactos anticompetitivos da conduta, há diversos julgados acolhendo a regra do *per se*. Cito, por exemplo, o decidido no Processo Administrativo nº 08012.002299/2000-18, que envolvia análise de possível cartel entre revendedores de combustíveis no Estado de Santa Catarina, no qual o Conselheiro-Relator ponderou o seguinte:

É de se ressaltar que, verificadas as relações de intencionalidade ou de causalidade potencial entre o ato e os efeitos dos incisos do art. 21, são dispensáveis, em particular, evidências da instalação efetiva dos efeitos e aferições dos eventuais danos causados aos mercados.

Já no Processo nº 08012.002127/2002-14, que tratava de suposto cartel entre pedreiras da região metropolitana de São Paulo, o Conselheiro-Relator assinalou que “*cartéis, particularmente, cartéis clássicos são sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são conseqüentemente um delito per se, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão*”.

Não há negar que a regra do *per se* gera certas facilidades no exame do direito concorrencial, pois, além de suavizar a análise da prova – já que não demanda comprovação dos efeitos no mercado –, é menos onerosa à Administração, que não necessita despendar substanciais valores para efetiva constatação dos efeitos concretos ou potenciais no mercado examinado. Isso, no entanto, não justifica por si só sua aplicação, pois, entre outros motivos, desvirtua o papel das normas protetoras da competitividade, como visto acima.

Em síntese, há, portanto, uma interpretação literal do enunciado normativo que não pode vingar, pois permitirá que se alcancem cenários contrários aos objetivos da lei, respaldando inclusive como infrações atos que não geram efeitos prejudiciais nos mercados.

De conseguinte, a melhor solução, centrada na doutrina mais atualizada, está em exigir a conexão do ato não necessariamente com a comprovação dos efeitos, mas, no mínimo, com a demonstração da potencialidade deles. Busca-se, em verdade, “*a identificação minimamente racional e legitimada das condições de eficácia da conduta*” (JÚNIOR, 2006, fl. 145). É, em síntese, a teoria do risco, que conecta o ato e a presença da potencialidade dos efeitos. Ressalta ainda Ivo Teixeira Gico Júnior (2006, fl. 146):

Na hipótese em que a intenção delituosa é cognoscível do conjunto probatório disponível, todavia, não há comprovação de efeitos anti-

competitivos, estaria caracterizada a infração se, e somente se, também fosse possível demonstrar, ainda que em juízo deliberatório, a existência das condições mínimas para a consecução do objetivo anticompetitivo. Sem a necessidade de adoção de qualquer pressuposto econômico de racionalidade maximizadora dos agentes econômicos, sem precisar formalmente igualar dolo a efeito e sem assumir riscos de punir condutas incapazes de afetar os bens jurídicos tutelados.

O que o ordenamento jurídico busca é frear atos que coloquem em risco a estrutura do livre mercado, e não apenas aqueles que infringiram efetivo prejuízo a este.

Em síntese, conduta anticoncorrencial que não gere efeito concreto ou potencial no mercado não pode ser tida como infracional. Na mesma linha, apurada a existência de ato e de potenciais efeitos deletérios ao âmbito competitivo do mercado, a presença ou não do dolo é supérflua. Em suma, pode-se resumir, na linha das conclusões do citado autor, que *constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa (em sentido lato), os atos sob qualquer forma manifestados que possam produzir os efeitos estabelecidos nos incisos do art. 36.*

Evidentemente haverá casos em que a aferição ou não da ocorrência potencial dos efeitos demandará uma análise contextualizada do mercado, dos agentes e de outros fatores relevantes. Lafayete Josué Petter pondera que a análise da ocorrência de potenciais efeitos demandará “*sensibilidade para aquilo que não ocorreu, que traduz realidade latente, potencial, na exata análise da dimensão da ação tida por ilegítima, para a correta avaliação dos efeitos nos mercados*” (2006. fl. 238).

Veja-se que não se está a tratar de elucubrações ou meras especulações sobre potenciais efeitos para fins de caracterização do ilícito. Está-se sim a deixar de exigir prova inquestionável da ocorrência dos efeitos de um dos incisos. A demonstração da potencialidade dos efeitos, embora sugira, num primeiro olhar, uma maior dificuldade frente à exposição dos efeitos concretos, na verdade revela um panorama de mais singela comprovação, pois cabe ao julgador avaliar o mercado em questão, os agentes, as práticas adotadas e as consequências esperadas, à luz do que habitualmente a experiência explícita, evitando-se a demonstração concreta dos efeitos, cenário difícil ou, muitas vezes, impossível de retratar, em especial pela dinamicidade do mercado. É dizer, o mercado não é algo estanque que, subitamente, sofre a força de um ato a ele ofensivo por parte de algum ou alguns agentes, de fácil apuração, mas sim algo dinâmico, repleto de vicissitudes e forças que o alteram constantemente.

## Conclusões

Em síntese, não há como interpretar o art. 36 literalmente, já que isso significaria concluir pela possibilidade de duas formas de concretização de atos



infracionais, quais sejam, aqueles que têm por objeto algum dos efeitos dos incisos do dispositivo e aqueles que produzem algum dos efeitos em questão, ainda que de forma potencial. Seguindo com tal interpretação, chegar-se-ia à conclusão que atos sem efeitos deletérios no mercado, mas que tivessem por objeto, por exemplo, limitar a concorrência, seriam infracionais, muito embora a punição fosse apresentar características meramente éticas.

A melhor solução, portanto, é centrar a análise nos efeitos, concretos ou potenciais, do ato. Deve-se indagar e examinar se o ato examinado produziu, de fato, algum dos efeitos dos incisos do dispositivo ou, no mínimo, se tinha a potencialidade para tanto, o que então revelaria a infração à ordem econômica. Enfim, impõe-se que se analise se (1) houve um ato, (2) se ele produziu concretamente os efeitos vedados por lei ou tinha potencial para tanto e (3) o nexó entre estes e aquele.

## Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Paulo Furquim. *Análise Econômica da Defesa da Concorrência*. In TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial – as condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª ed. São Paulo, Malheiros, 2012.

JÚNIOR, Ivo Teixeira Gico Júnior. *Cartel: Teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Tutela Penal da Ordem Econômica: o crime de formação de cartel*. São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

PETTER, Lafayette José. *Direito Econômico*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SANTOS, Flávia Chiquito. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra *per se*. In *Revista de Defesa da Concorrência*, nº 02, 2017, vol. 05.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição, Malheiros: São Paulo, 2010.



# Regulação do controle de tráfego aéreo: *A questão da entidade exploradora*

*Fabio Luiz de Oliveira Bezerra*<sup>1</sup>

O presente ensaio tem por escopo examinar a possibilidade técnico-jurídica de atribuição a órgão ou entidade civil da atividade de controle de tráfego aéreo no Brasil, hoje exercida pelo Comando da Aeronáutica.

Bem afirma Barat (2005, p. 30), “além da complexidade sistêmica, a aviação civil tem características híbridas de atividade econômica e serviço público, o que torna peculiar a sua regulação”.

Em relação à complexidade sistêmica, convém lembrar, nas palavras de Fiuza e Pioner (2009, p. 510), que o aeroporto é uma firma multiproduto que oferece serviços aeronáuticos e não aeronáuticos para empresas/linhas aéreas e passageiros.

Nessa esteira, Betancor e Rendeiro (1999) apontam três grupos de atividades exercidas nos aeroportos: 1) atividades operacionais (manutenção das pistas de pouso, taxiamento e pátio, *controle de tráfego aéreo*, serviços meteorológicos, telecomunicações, polícia e segurança, serviços de incêndio); 2) atividades de manuseio (limpeza de aeronave, abastecimento, bagagem e processamento de passageiros); 3) atividades comerciais (lojas, restaurantes, etc.). O controle de tráfego aéreo, pois, é uma entre diversas atividades do setor de aviação civil.

A infraestrutura de navegação aérea, incluindo aí o setor aeroportuário e a atividade de controle de tráfego aéreo, principalmente a partir do apagão aéreo e dos graves acidentes aéreos nos anos de 2006 e 2007, revelou-se precária, o que motivou a discussão do modelo atual de exploração de aeroportos, a cargo da INFRAERO - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, empresa pública federal, e o modelo do controle de tráfego aéreo, hoje exercido pelo Comando da Aeronáutica.

---

<sup>1</sup> Juiz Federal (7ª Vara Federal/RN) e Doutor em Direito (Universidade de Coimbra)

Até a criação da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) em 2005, o Departamento de Aviação Civil (DAC), desde 1931, exercia plenamente a regulação da aviação civil brasileira.

Em 1941, quando foi criado o Ministério da Aeronáutica, adotou-se o modelo integrado de Aviação Civil e Aviação Militar (GANDRA, 2008, p. 11). O modelo de Aeronáutica Integrada, decorrente do princípio da Entidade, reunia as operações civis e militares em razão da simplicidade e do limitado emprego dos veículos aéreos.

Em 1973, a INFRAERO foi criada. Até então, a administração aeroportuária era realizada pela Aeronáutica, através do Departamento de Aviação Civil (DAC).

Na década de 70, foi elaborado o modelo SISCEAB - Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro, que possui como órgão central o Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA), no âmbito do então Ministério da Aeronáutica. O principal subsistema do SISCEAB é o SISDACTA, Sistema de Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo. No SISDACTA, convivem os operadores das áreas de Defesa Aérea e de Controle de Tráfego Aéreo, compartilhando os suportes de Meteorologia, Comunicações, Telecomunicações, Auxílios à Navegação, Administração, Busca e Salvamento, Cartografia Aero-náutica e Inspeção de Voo.

O SISDACTA atualmente dispõe de 5.877 equipamentos, sendo 174 radares, que proporcionalmente possui cobertura maior que a do *Eurocontrol* da Europa Ocidental. O SISDACTA é composto por quatro centros integrados: CINDACTA I (Brasília), II (Curitiba), III (Recife) e IV (Manaus).

O SISDACTA é custeado por tarifa de uso dos equipamentos operados pela Aeronáutica, de acordo com a Lei n. 6.009/1973, art. 8º: “a utilização das instalações e serviços destinados a apoiar e tornar segura a navegação aérea, proporcionadas pelo Ministério da Aeronáutica, está sujeita ao pagamento da tarifa de uso das comunicações e dos auxílios a navegação aérea em rota”.

Ainda sob os auspícios do Modelo Integrado, foi promulgado o Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA (Lei n. 7.565/1986), que, em seu artigo 12, atribui à Aeronáutica a orientação, coordenação, controle e fiscalização das atividades de navegação aérea, tráfego aéreo, infraestrutura aeronáutica.

Ainda segundo o CBA (art. 25), constitui infra-estrutura aeronáutica o conjunto de órgãos, instalações ou estruturas terrestres de apoio à navegação aérea, para promover-lhe a segurança, regularidade e eficiência, incluindo o sistema aeroportuário, o sistema de proteção ao vôo, o sistema de segurança ao vôo, o sistema de investigação e prevenção de acidentes. O Sistema de Proteção ao Vôo (art. 47) visa à regularidade, segurança e eficiência do fluxo de tráfego no espaço aéreo, abrangendo as atividades de controle de tráfego aéreo, de telecomunicações aeronáuticas e dos auxílios à navegação aérea e de inspeção ao vôo.

Com a promulgação da CF/1988, as atribuições das Forças Armadas passaram a ser a *defesa da Pátria*, garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem, cabendo, nos termos do § 1º, à lei complementar estabelecer normas gerais para organização, preparo e emprego das Forças Armadas. Vê-se que a referida lei complementar se enquadra na competência legislativa de *defesa aeroespacial* (art. 22, XXVIII).

A propósito de competência, o art. 21, XII, alínea “c”, da CF/1988, dispõe que compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, “a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária”. Esse dispositivo permite a exploração por particular da navegação aérea, incluindo aí todos os serviços de auxílios à navegação, como o controle de tráfego aéreo. Precisas as palavras de Marcelo Neves (2007, p. 312): “nada determina que parte dessa atividade fique enquadrada organizacionalmente na Administração Direta, tampouco no Ministério da Defesa”.

O art. 22 da CF/1988 prescreve que compete privativamente à União legislar sobre direito aeronáutico e direito espacial (inciso I), navegação aérea e aeroespacial (inciso X), transporte (inciso XI), e defesa aeroespacial (inciso XXVIII). A CF/1988 distinguiu bem, neste dispositivo de competência legislativa, o direito aeronáutico, a navegação aérea e a defesa aeroespacial.

De acordo com o art. 178 da CF/1988, caberá à lei dispor sobre ordenação dos transportes aéreos, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.

Em razão da característica da infraestrutura do controle de tráfego aéreo, com o compartilhamento dos equipamentos das telecomunicações e radares, o Governo Federal, mesmo após a CF/88, optou por manter o controle de tráfego aéreo no âmbito da Aeronáutica.

Com fundamento no § 1º do art. 142 da CF/1988, foi promulgada a Lei Complementar n. 97/1999, modificada posteriormente pela Lei Complementar n. 117/2004, que dispõe sobre as Forças Armadas. Nos termos do artigo 18 do referido diploma legal, cabe à Aeronáutica, como atribuições subsidiárias particulares, entre outras, orientar, coordenar e controlar as atividades de Aviação Civil; prover a segurança da navegação aérea; estabelecer, equipar e operar, diretamente ou mediante concessão, a infraestrutura aeroespacial, aeronáutica e aeroportuária.

Como salienta Marcelo Neves (2007, p. 314), “parece-nos difícil compatibilizar essa disposição legal com o modelo constitucional de repartição de competências, tendo em vista que, mediante ela, pretende-se incluir no âmbito da defesa da Pátria matérias referentes à orientação, coordenação e controle da aviação civil, assim como de proteção e segurança da navegação aérea em geral, inclusive, pois, da navegação aérea civil.”

Em 1999, foi criado o Ministério da Defesa, passando a Aeronáutica a ser apenas Comando, subordinado ao referido Ministério. Também subordinado

ao Ministério da Defesa ficou a INFRAERO. Em 2005, foi criada a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC).

Com a passagem da regulação da aviação civil para a ANAC, há quem diga que “a organicidade que havia neste importante segmento estratégico da economia brasileira, em razão da gestão abrangente do Ministério da Aeronáutica sobre todos os setores da Aviação no Brasil, começou a ser afetada gradualmente” (GANDRA, 2008, p.11). Contudo, assiste razão, em nosso entender, aos que pensam como CASTRO JÚNIOR (2009, p. 259), segundo o qual a ANAC possui estrutura administrativa inovadora em relação ao DAC, em virtude de sua autonomia, ao passo que o DAC era subordinado ao Comando da Aeronáutica.

A Lei n. 11.182/2005, que criou a ANAC, em seu art. 8º, §6º, deixou claro que “o Sistema de Controle do Espaço Aéreo Brasileiro será explorado diretamente pela União, por intermédio do Comando da Aeronáutica, ou por entidade a quem ele delegar”.

Marcelo Neves (2007, p. 322) identificou apenas cinco países, além do Brasil, que mantêm o controle total do tráfego aéreo sob responsabilidade de militares: Eritrêia, Etiópia, Somália, Uruguai e Argentina. E mesmo a Argentina tem reformulado atualmente seu sistema aeronáutico, incluindo a desmilitarização. Marcelo Neves discorre sobre o controle na França, nos EUA, Itália, Alemanha, Suíça, Canadá.

Na Itália, foi desmilitarizado em 1982. Por conta de poucos e inexpressivos países adotarem o modelo integrado, Marcelo Neves (2007, p. 331) conclui que tais fatos são “fortes indícios de que o modelo brasileiro de atribuição de controle de tráfego aéreo e da aviação civil em geral às Forças Armadas é inadequado às exigências da sociedade global supercomplexa do presente”.

Convém destacar também que está cada vez mais difícil realizar operações de defesa aérea nas bases aéreas contíguas a aeroportos de grande circulação, fato social este que impõe a separação das atividades da Aviação Civil da Aviação Militar.

Discordo, no entanto, de Marcelo Neves (2007, p. 330) quando afirma que o exercício da atividade de controle de tráfego aéreo pelos militares é incompatível com os preceitos de hierarquia e disciplina (art. 142, CF/1988). O SISDACTA funcionou muito bem até pouco tempo atrás, prova empírica de que tal serviço pode se adequar aos preceitos de hierarquia e disciplina. E ainda hoje é operado, de certa forma a contento, por militares. A ineficiência encontrada no sistema de controle de tráfego aéreo não decorre destes preceitos.

O Sistema de Proteção ao Voo é superavitário, em face das tarifas cobradas dos usuários. O que muitas vezes prejudica o sistema são os contingenciamentos, as retenções em geral de recursos que deveriam ser destinados exclusivamente ao SISDACTA. A propósito, Menezes (2009, p. 24) alerta que

“no caso do SISTEMA DE CONTROLE DO ESPAÇO AÉREO, aí sim, é fundamental que a Sociedade brasileira fique ciente de que os recentes acontecimentos caóticos são fruto de uma ação do próprio Governo Federal (e não da INFRAERO ou da AERONÁUTICA): tem havido retenções (irresponsáveis?) dos recursos destinados ao Sistema de Controle de Tráfego Aéreo, com intervenção direta no processo de guarnecer o SISDACTA com seu mais valioso item: o homem, o controlador de vôo”.

Com a entrada em funcionamento do Sistema CNS/ATM – Sistema de Comunicação, Navegação e Vigilância e de Gerenciamento de Tráfego Aéreo, baseado em constelações de satélites e dados digitalizados, não haverá mais compartilhamento de equipamentos de radares e de comunicação, deixando de existir a razão para integração das atividades de controle de tráfego aéreo e de defesa aérea.

De fato, o Sistema CNS/ATM não atende às necessidades da atividade de defesa do espaço aéreo, visto que não identifica, como os radares, aeronaves que não estejam conectadas ao sistema. As comunicações entre pilotos e controladores de vôo serão realizadas através de dados, não mais com utilização de comunicação via rádio UHF ou VHF, como é hoje. Assim, a infraestrutura atual de radares e de equipamentos de rádio poderá ser operada exclusivamente para a defesa aérea, ao passo que a nova estrutura CNS/ATM será utilizada para controle de tráfego aéreo. A previsão para implantação do sistema CNS/ATM no Brasil era para 2017 (BRASIL, p. 131).

Ante todo o exposto, como nota conclusiva, entendo que, em face da necessidade do atual compartilhamento da infraestrutura de controle de tráfego aéreo pelo serviço de controle de tráfego aéreo e pela defesa aérea, as normas infraconstitucionais que confere à Aeronáutica a atribuição de controle de tráfego aéreo não são inconstitucionais, podendo, superada essa questão específica de infraestrutura, a atividade de controle de tráfego aéreo ser explorada por entidade civil.

## Referências bibliográficas

BARAT, Josef. A ANAC e a regulação da aviação civil. *Revista de Administração Pública e Política – L & C*, ano VII, n. 90, p. 30, dez./2005.

BETANCOR, Ofelia & RENDEIRO, Robert. *Regulating Privatized Infrastructures and Airport Services*. Washington, DC: World Bank (Policy Research Working Paper No. 2180), 1999.

BRASIL. Senado Federal. *Relatório Final da Subcomissão Temporária destinada a discutir os Marcos Regulatórios (CAERMR) das Agências Reguladoras. Comissão de Assuntos Econômicos*. Brasília: Senado Federal, out. 2007.

CASTRO JUNIOR, O.A. *Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil* – prefácio do Prof. Ashley Brown da Harvard University. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FIUZA, Eduardo P.S.; PIONER, Heleno Martins. *Regulação e concorrência no setor de aeroportos*. Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

GANDRA, Mauro José Miranda. Estratégico da Aviação Comercial do Brasil. Idéias para o Planejamento. *Carta mensal*, v.54, n.637, p.3-16, abr., 2008.

MENEZES, Lauro Ney. Demanda versus capacidade. *Revista Aeronáutica*, n. 267, 2009, p. 23-25.

NEVES, Marcelo. Desmilitarização do controle do tráfego aéreo no Brasil. *Revista de direito do Estado: RDE*, n.8, p.311-335, out./dez., 2007.



# Direitos sociais e responsabilidade civil do estado por omissão: *quando ignorar a reserva do possível significa admitir o risco integral*

*Durval Carneiro Neto*<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Passados quase trinta anos da promulgação da Carta Magna de 1988, a efetividade de direitos fundamentais no Brasil ainda parece um sonho inalcançável, persistindo o grande hiato entre o discurso constitucional e a realidade. Por mais que já se tenha avançado nos indicadores sociais, possibilitando à população carente maior acesso a prestações materiais nas áreas de saúde, educação, saneamento básico, moradia, dentre outros direitos sociais, o esforço ainda não se revelou suficiente e parece estar longe do ideal.

Variadas razões podem ser apontadas para a baixa efetividade dos mecanismos estatais que deveriam concretizar os direitos sociais garantidos pela Constituição: a grande carência e demanda de serviços na área social, somada à falta de planejamento e o conseqüente desperdício de recursos públicos, a famigerada corrupção que assola nossas instituições públicas, além de outros fatores que tem como resultado uma máquina administrativa ineficiente. Contudo, em que pese tais obstáculos operacionais, cabe refletir se o Estado brasileiro, ao tempo da promulgação da Constituição cidadã, detinha os meios necessários e suficientes a tornar real tudo aquilo que nela se contemplou em termos de prestações a serem fornecidas pelo Estado a toda a população carente, ainda que sob a forma de normas programáticas, tomadas em sua força prospectiva. E mesmo nos dias de hoje, com o crescimento econômico já alcançado no Brasil nas últimas três décadas, há de se indagar se tais prestações já poderiam

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Público pela UFBA; Professor de Direito Administrativo na UFBA; Juiz Federal na 1ª Região

ser adequadamente supridas de forma igualitária a todos que delas precisam, considerando os recursos materiais e financeiros disponíveis para fazer frente às demandas sociais.

O tema tem relação com a cláusula da *reserva do possível*, vista por alguns como uma condição inexorável à gradativa implementação dos direitos sociais, mas, por outros repudiada como sendo um discurso falacioso que serve de álibi retórico e puramente ideológico que impede a efetivação daqueles direitos.

O objetivo do presente ensaio é demonstrar a incoerência dos que, se por um lado sustentam veementemente a existência de amplos deveres do Estado como garantidor de prestações positivas na área social, por outro lado seguem timidamente adotando uma visão restrita no tocante à responsabilidade civil do Estado por omissões neste mesmo setor. Tal postura intelectual revela-se destituída de lógica, porque na medida em que se amplia ao máximo o **âmbito** de obrigações a cargo do Estado em face às demandas sociais, refutando-se acriticamente a teoria da reserva do possível, o resultado teórico somente poderia ser o de também ampliar ao máximo o âmbito de responsabilidade civil do Estado por omissão no cumprimento de tais obrigações, fazendo incidir a teoria do risco integral.

No plano dogmático-analítico, não há como coerentemente se sustentar que a ordem jurídica considere individualmente exigível determinada prestação material a cargo do Estado, sem reconhecer, por conseguinte, a responsabilidade civil do Estado pela omissão em tal prestação. Daí porque ignorar a reserva do possível, na seara do dever, equivale a admitir o risco integral, na seara da responsabilidade civil. É o que se tentará argumentar.

## 2. Sentido amplo de responsabilidade

No senso comum, *responsável* é todo aquele a quem cumpre *responder* por seus atos e interesses, ou pelos atos e interesses de outrem, em decorrência de uma gama de poderes e/ou deveres que lhe são atribuídos. Assim, por exemplo, reconhece-se a *responsabilidade* do pai pela criação dos filhos menores, ou daquele que deve prestar contas perante autoridades ou, ainda, do culpado por determinado dano causado num acidente de trânsito.

Em sentido jurídico amplo, a responsabilidade decorre diretamente da lei ou de alguma obrigação de caráter negocial. Logo, onde houver deveres e obrigações a cumprir, estará presente a *responsabilidade*, recaindo esta sobre ao menos um *responsável*. O termo abarca, nessa amplitude semântica, tanto a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação em si, quanto a responsabilidade pelas consequências do seu descumprimento. Nas duas situações ocorre a tutela a determinado interesse juridicamente protegido. No primeiro caso, a responsabilidade impõe condutas que satisfazem o próprio interesse protegido pelo Direito; no segundo, a responsabilidade impõe uma obrigação decorrente de afronta ou prejuízo causado ao interesse juridicamente protegido.

Citando um exemplo no campo do Direito Administrativo, pode-se dizer que o proprietário de determinado imóvel tombado pelo patrimônio histórico é *responsável* por preservar o bem objeto de proteção pelo tombamento. Essa responsabilidade se traduz em várias obrigações, tais como a proibição de modificar o prédio tombado sem autorização do órgão competente; a obrigação de promover as obras necessárias à conservação do prédio ou, se não dispuser de meios para isso, comunicar ao órgão competente; de conferir direito de preferência à União, estados e municípios em caso de alienação; sujeição à fiscalização pelo órgão técnico competente etc. Da mesma forma, contudo, o proprietário do imóvel tombado é *responsável* por danos causados ao bem jurídico protegido, caso tenha descumprido alguma daquelas obrigações, como se dá no caso de modificação da fachada do prédio tombado sem a devida autorização. E tal responsabilidade, detectada nesse segundo momento (em que já concretizado um dano ao bem protegido), pode se traduzir na obrigação de recompor a fachada original e/ou pagar uma multa administrativa.

Em síntese, no sentido amplo a responsabilidade abarca duas situações: a) cumprimento de obrigações primariamente voltadas à satisfação de um interesse juridicamente protegido; b) cumprimento de obrigações que decorrem do nexo causal com uma ofensa causada a um interesse juridicamente protegido.

Quando se fala em responsabilidade no sentido estrito, o foco está apenas nesta segunda situação

### 3. Sentido estrito de responsabilidade

No sentido estrito, deve-se traçar o conceito jurídico de responsabilidade como voltado a situações em que alguém deva responder por dano já concretizado ao interesse juridicamente protegido, seja por ação ou omissão, o que, no mais das vezes, decorre de descumprimento de deveres ou obrigações por parte daquele incumbido de protegê-lo, malgrado possa em alguns casos ocorrer mesmo sem que seja verificado tal descumprimento, bastando o nexo causal. Vale dizer, a *responsabilidade em sentido estrito* não mais se refere à obrigação primária que deveria ter sido cumprida, mas, sim, a uma nova obrigação que surge por conta do descumprimento daquela primeira obrigação ou de um risco assumido. Neste segundo momento, quando já concretizado um dano ao interesse protegido pelo Direito, alguém, normalmente o próprio obrigado originário (mas não necessariamente ele), passa a ter de *responder* pelo resultado gravoso, recaindo sobre si uma nova obrigação relacionada a tal responsabilidade.

Por uma razão prática, haja vista os distintos tratamentos dados a estas obrigações no campo do Direito, preferimos reservar o termo *responsabilidade* estritamente às situações de identificação do responsável diante de uma ofensa ou dano já concretizado ao interesse jurídico, sentido em que se pode apontar os seguintes aspectos: a) a existência de um interesse juridicamente protegido;

b) um fato do qual tenha resultado uma ofensa a esse interesse (nexo causal); c) a previsão de uma nova obrigação em decorrência deste fato danoso; d) a identificação de pessoa a quem incumbe tal obrigação. Tais aspectos pode ser localizados em qualquer setor do Direito, nas esferas de responsabilidade penal, administrativa ou civil. No campo específico da *responsabilidade civil*, o interesse jurídico tutelado é essencialmente o patrimônio das pessoas, em seu aspecto material ou moral, quando violado em sua dimensão econômica e de modo a comportar, como sanção, uma reparação pecuniária (indenização).

#### 4. Panorama da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro

A responsabilidade extracontratual do Estado encontra previsão na norma extraída do art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, com vistas à qual os doutrinadores brasileiros reconhecem a aplicação das *teorias publicísticas* – teorias do *risco administrativo* (responsabilidade objetiva do Estado) e teoria da *culpa administrativa* (responsabilidade subjetiva do Estado) – apesar de haver divergências sobre os parâmetros de modulação da responsabilidade estatal, mormente em se tratando de situações em que o Estado deixa de agir (atos omissivos).

A teoria do risco administrativo é considerada como a regra geral para os atos praticados pela Administração Pública no direito brasileiro. Havendo uma ação administrativa e um dano dela proveniente (nexo causal), deve o Estado indenizar o prejudicado, pouco importando seja o ato do Estado lícito ou ilícito. Esta responsabilidade, todavia, comporta hipóteses *excludentes* do nexo causal, nos casos em que houver culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior. Admite-se, ainda, a *atenuação* da responsabilidade estatal se houver culpa concorrente da vítima.

Por outro lado, grande parte da doutrina advoga a tese de que a teoria da *culpa administrativa* é a mais adequada para se examinar os atos *omissivos* do Estado, nas situações em que serviço público não funcione ou funcione mal, de acordo com critérios de razoabilidade e padrões de normalidade na atuação estatal. Não se poderia aí aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, sendo insuficiente a mera relação causal entre a ausência do serviço e o dano produzido, configurando verdadeiro caos se o Estado for chamado a responder objetivamente por todo evento danoso que não tenha causado diretamente, apenas se lhe atribuindo uma suposta conduta omissiva e transformando-o num “segurador universal”. Entrementes, a tese da culpa administrativa vem aos poucos perdendo espaço.

Para alguns autores a separação entre atos comissivos e omissivos seria fruto de leitura equivocada da norma constitucional, acabando por produzir confusão no trato diferenciado entre as ações e omissões estatais, sendo mais apropriado adotar a ideia de uma *objetivação da culpa* em todo e qualquer ato da estatal, seja

ação ou omissão, o que permitiria unificar o tratamento da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Assim, o que se costuma chamar de responsabilidade civil objetiva nada mais seria do que uma presunção de culpabilidade decorrente da existência de um especial dever objetivo de cuidado.

Nessa linha, tratar uma hipótese de responsabilidade como sendo *objetiva*, porém com a possibilidade de haver *excludentes* ou *atenuantes* (culpa da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito ou força maior), na prática seria como avaliar uma responsabilidade *subjetiva*, ainda que com parâmetros de culpa mais adequados ao Direito Público (culpa objetiva). Logo, seja nos atos comissivos, seja nos omissos, investiga-se precisamente o grau de reprovabilidade da providência que o Estado tomou ou deixou de tomar em cada caso, o que, inclusive, serve de critério à dosagem de eventual indenização ao prejudicado.

Não obstante estes judiciosos argumentos, pensamos que ampliar demasiadamente a categoria da culpa, ainda que sob o prisma do dever objetivo de cuidado, acabaria por igualá-la à própria ideia de risco. Daí que, se o intento é o de unificar a teoria da responsabilidade do Estado, servindo tanto a atos comissivos quanto aos omissivos, talvez seja preferível centrar o enfoque na teoria do risco administrativo, para tanto ampliando-se os parâmetros de risco e não os de culpa. É o que vem sendo feito, com a construção de novas categorias intermediárias, tais como a da *omissão específica* e a do *fortuito interno*.

## 5. A gradativa aplicação da teoria do risco aos atos omissivos

A tese de que a responsabilidade estatal nos atos omissivos há de ser analisada sob a égide da culpa administrativa parece seguir dominando a doutrina e ainda tem sido adotada pelos tribunais brasileiros. Tal entendimento, contudo, vem aos poucos perdendo espaço diante de novas linhas de argumentação, construídas a partir da incorporação do elemento subjetivo (culpa) ao elemento objetivo (risco) e voltadas para casos em que, mesmo não havendo propriamente uma ação positiva por parte do Estado, restar verificado onexo causal decorrente da omissão de agentes públicos, quando seria possível atuar no sentido de prevenir o evento danoso.

Inicialmente, doutrina e jurisprudência passaram a trabalhar com a figura da *omissão específica*, distinguindo-a da *omissão genérica*.

Nas situações em que detectada a *omissão genérica*, entende-se que o Estado tinha um dever genérico de evitar o dano, sendo necessário averiguar se a sua inação acabou contribuindo culposamente para o resultado, configurando umnexo causal indireto. Assim, por violação de um dever genérico o Estado responde se ficar demonstrado haver incorrido em culpa administrativa. Já nos casos de *omissão específica*, considera-se que o Estado tinha um dever específico de

evitar o dano (um dever individualizado de agir) e, por isso, acabou assumindo o risco da sua ocorrência, configurando-se um nexos causal direto. Portanto, o ato omissivo específico passou a receber o mesmo tratamento jurídico dispensado ao ato comissivo, incidindo a teoria do risco administrativo.

**Há autores que insistem que, mesmo nas** omissões específicas, o Estado estaria sendo responsabilizado por culpa e não propriamente por risco. Na verdade, dadas as peculiaridades da atuação estatal, a distinção entre culpa e risco acaba se resumindo a mero exercício retórico, a depender da linha de argumentação adotada. Isso porque a culpa administrativa, por sua própria natureza, torna prescindível o elemento volitivo do agente (fala-se em culpa *anônima* ou culpa *do serviço*), razão pela qual, inclusive, a teoria da culpa administrativa foi originariamente denominada teoria do *acidente administrativo*. Ora, a ideia de *acidente* remete a uma responsabilidade objetiva, que é típica do risco e não da culpa.

Nesta gradativa aplicação da teoria do risco aos atos omissivos, passou-se em seguida a adotar também a concepção de *fortuito interno*, ampliando consideravelmente o risco administrativo da atividade estatal. Nessa linha, nem todos os fatos da natureza ou mesmo os danos causados por terceiro afastam o nexos causal, estando alguns deles incorporados ao próprio risco da atividade estatal.

O caso *fortuito* propriamente dito, que afasta o nexos causal, é o *fortuito externo*, tomado como acontecimento imprevisível e irresistível (“acaso”) gerado por força da natureza (o que se costuma chamar de “força maior”) ou ato humano. E mesmo assim, a depender da situação, se houver concausa por culpa ou risco assumido pelo Estado, não se exclui totalmente a responsabilidade, ainda que possa ser atenuada.

O que se observa, na prática, é que o enquadramento da responsabilidade estatal com amparo na teoria do risco administrativo, quando se considera existente o nexos causal em situações de *fortuito interno*, equivale a adotar a teoria da culpa administrativa lançando uso da categoria da omissão específica. Em suma, *omissão específica* e *fortuito interno* servem conjuntamente a uma mesma finalidade: reconhecer a responsabilidade do Estado por atos omissivos, seja ampliando os parâmetros da culpa administrativa, seja ampliando o risco assumido na atividade estatal.

## 6. A tese do risco integral

A teoria do risco integral é uma modalidade extremada do risco administrativo, segundo a qual o Estado estaria obrigado a indenizar por todo e qualquer dano originário de fato ou ato administrativo, independente da ocorrência de caso *fortuito* ou *força maior* e, em alguns casos, mesmo havendo culpa exclusiva da vítima. Nada disso afastaria o nexos causal. A doutrina e a jurisprudência

brasileiras sempre refutaram a tese da integralidade do risco, tendo o nosso direito adotado como regra geral a teoria do risco administrativo (mitigado ou atenuado), que admite hipóteses excludentes do nexos causal.

Alguns autores até cogitam da adoção da teoria do risco integral especificamente no que concerne a danos nucleares, tendo em vista a redação do art. 21, XXIII, c, da Constituição de 1988, prevendo que a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa, além de outros dispositivos de leis que instituem verdadeiros seguros sociais. Todavia, prevalece o entendimento de que, mesmo no caso de danos nucleares, a teoria aplicada deve ser a do risco administrativo (mitigado), pois a culpa afastada pelo legislador constitucional seria a do Estado e não propriamente a da vítima. Em relação a outras situações prevendo dever de reparação pelo Estado independente de força maior ou caso fortuito, tal como já previstas em leis ordinárias (*v. g.* as Leis 10.309/01 e 10.744/03, tratando de danos decorrentes de atos terroristas ou de guerra), o enquadramento não deve ser feito com base em teorias de responsabilidade civil extracontratual, sendo de rigorosa técnica distinguir entre as hipóteses de responsabilidade civil por nexos causal (em sentido estrito) e as obrigações primárias diretamente voltadas à cobertura de danos independente de nexos causal.

Com efeito, há casos específicos em que se impõe deveres ou obrigações em decorrência de danos, mas que não são rigorosamente enquadrados no conceito estrito de responsabilidade civil. Nas situações em que a própria lei ou contrato estabelece uma obrigação de se cobrir prejuízos em caso de danos, esta cobertura é o próprio bem juridicamente protegido e não uma obrigação de reparar decorrente de risco ou descumprimento do dever de proteção.

Tomando-se por analogia o contrato de seguro, temos que quando uma empresa seguradora indeniza o proprietário de um veículo que pegou fogo ao ser atingido por um raio, não se trata propriamente de *responsabilidade civil* no sentido estrito anteriormente ventilado, pois a obrigação de indenizar o dano, aí, não está associada a qualquer descumprimento de dever ou obrigação por parte da seguradora. Trata-se, sim, de obrigação contratual primária, que se consubstancia na própria prestação acordada pelos contratantes. Somente em sentido amplo poder-se-ia falar em *responsabilidade* nesse caso, na medida em que é o próprio contrato que estabelece como objeto a cobertura do dano e disso decorre diretamente a obrigação de indenizar. A indenização paga ao segurado, nesse caso, não se dá a título de sanção por haver sido descumprida, por parte da seguradora, alguma obrigação ou por haver propriamente um nexos causal entre o dano e a atividade empresarial. Somente se a seguradora negar-se a cumprir a obrigação a que se comprometeu, aí sim, poder-se-á falar em responsabilidade civil contratual no sentido estrito aqui tratado, cujo conteúdo obrigacional não se identifica necessariamente com o da obrigação primária,

eis que a negativa de cobertura pode haver ensejado um incremento do dano produzido ao segurado, majorando a indenização devida.

Em suma, estamos entre os que defendem que o risco integral, enquanto teoria de responsabilidade civil do Estado, não encontra qualquer espaço no direito brasileiro, pois mesmo se ampliando ao máximo os parâmetros de avaliação do risco administrativo (adotando, *v. g.*, a categoria do *fortuito interno*), ainda assim haverá um limite de responsabilidade, relacionado ao nexos causal com a atividade estatal. E nos casos em que esse nexos causal for dispensado pelo legislador (como, *v. g.*, na cobertura de danos provocados por atentados terroristas), a reparação propiciada pelo Estado não decorre propriamente de responsabilidade civil, mas de modalidade de seguro social previsto em lei.

## 7. As pretensões materiais decorrentes de direitos fundamentais

A eficácia das normas de direitos fundamentais possui uma dimensão vertical e outra horizontal, incidindo não apenas na relação entre os cidadãos e o Estado, mas também nas relações entre particulares. Daí que, seja no tocante ao Estado (eficácia vertical), seja quanto aos indivíduos em geral (eficácia horizontal), o respeito aos direitos sociais gera uma série de posturas que podem ser exigidas pelos seus titulares. Notadamente no que concerne à eficácia vertical, os titulares estão legitimados a exigir que o Estado lhes forneça determinadas prestações materiais (positivas).

Ao lado das prestações jurídicas necessárias ao exercício das liberdades fundamentais, destaca-se a exigibilidade de *prestações materiais* a cargo do Estado, sob a forma de pretensões individuais que lhe são dirigidas pelos cidadãos, visando o fornecimento de determinados bens escassos relacionados aos serviços públicos de educação, saúde, saneamento básico, habitação, transporte etc. Enquanto os direitos fundamentais de primeira dimensão eram marcados por restrições direcionadas ao Estado frente às liberdades individuais (dever de se abster), os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos sociais) caracterizaram-se pela necessidade de o Estado prestar serviços em prol da população mais carente (dever de agir). Daí se dizer que a efetivação de direitos de segunda dimensão demandariam maiores custos do que os de primeira dimensão.

Alguns doutrinadores vem advertindo para o fato de que não seria exata esta distinção teórica que se logrou elaborar em torno da natureza da atuação estatal frente aos direitos de primeira e segunda dimensões, pois mesmo os direitos de primeira dimensão demandam altíssimos custos estatais, como ocorre com o serviço de segurança pública necessário a garantir a ordem pública e a defesa da propriedade, dentre outros bens jurídicos para cuja tutela o Estado precisa contar com extenso e dispendioso aparelho burocrático. Esta advertência,



todavia, merece algumas ressalvas e um exame mais crítico em torno da natureza das prestações a serem fornecidas pelo Estado em cada caso.

Deveras, ainda que se deva reconhecer que a atuação estatal no sentido de proteger os direitos de primeira dimensão também demandam prestações positivas e custos consideráveis, isto se dá, em regra, por meio de serviços públicos gerais (*uti universi*), direcionados e planejados para atender à coletividade como um todo, não comportando, a princípio, exigência divisível e diferenciada por parte daqueles que deles necessitam. Tais serviços tem como objeto o que em Economia se denomina *bens coletivos* (bens públicos, no sentido econômico), que são aqueles usufruídos pela comunidade de modo universal, caracterizando-se como *não-excludentes e não-rivais*.

Cite-se o caso da segurança pública, que deve ser colocada à disposição de todos os cidadãos de maneira geral, uniforme e indivisível. Não se concebe juridicamente que um determinado cidadão possa pleitear do Estado um reforço de vigilância policial em sua residência, a fim de evitar futuros assaltos. Salvo se houver uma razão de interesse público a justificar tal prerrogativa pessoal, o indivíduo terá de se contentar com os meios ordinariamente empregados pela polícia para combater a criminalidade. E ainda que, por razões específicas, possa haver reforço de vigilância em alguns bairros ou ruas, beneficiando determinados grupos de pessoas, tal se dá com vistas à respectiva comunidade e não como uma prestação individual diferenciada.

Os clássicos direitos fundamentais de primeira dimensão, ainda que tradicionalmente tenham sido idealizados a partir de uma perspectiva liberal individualista, são atualmente também marcados por uma dimensão *objetiva*, considerado o seu significado para a vida social. De modo que as políticas públicas adotadas nessa área (e, por conseguinte, a alocação de recursos orçamentários) devem ter em vista prioritariamente a satisfação de interesses da coletividade como um todo e não apenas dos indivíduos titulares de direitos fundamentais.

Já quanto aos direitos fundamentais de segunda dimensão, em que pese tenham uma dimensão objetiva que se revela por meio da prestação de serviços gerais colocados à disposição de toda a população (*v.g.*, hospitais, escolas públicas etc.), contém a peculiaridade de, por força também da sua dimensão subjetiva, frequentemente demandarem a prestação de serviços públicos singulares (*uti singuli*) relacionados a bens econômicos exclusivos e rivais, admitindo-se, com isso, que cada indivíduo, por razões particulares, possa dirigir ao Estado uma pretensão voltada a prestações materiais essencialmente divisíveis, como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos de alto custo, a matrícula em estabelecimentos de ensino público ou o fornecimento de habitação.

Um simples olhar na história revela que enquanto os direitos fundamentais de liberdade foram idealizados a partir de uma dimensão essencialmente subjetiva e vieram aos poucos sendo relativizados sob o prisma da sua dimensão

objetiva, ou seja, com vistas aos interesses da sociedade como um todo, os direitos fundamentais sociais parecem ter caminhado em sentido inverso, pois uma vez concebidos sob o ângulo do interesse da coletividade, vieram gradativamente sendo marcados por uma forte dimensão subjetiva, reconhecendo-se aos seus titulares o direito de demandar diretamente do Estado prestações individualizadas.

Há quem defenda, por isso, que a categoria do *direito subjetivo*, tal como empregada no Direito Privado, revela-se, no atual contexto, insuficiente para descrever as situações subjetivas de Direito Público. Porém, discutir a inaptidão deste conceito clássico não muda o ponto crucial sobre quais sejam os limites da responsabilidade civil do Estado, pois qualquer que seja a categoria empregada para definir a situação subjetiva do indivíduo que deseja desfrutar de um benefício relacionado a um direito social (com imediata exigibilidade), ao se entender que o Estado tem o *dever* de prestá-lo, forçosamente haverá de se entender também que o Estado deve ser *responsabilizado* por omissão nessa prestação.

Trazendo a questão para o campo da ciência econômica, com vistas à *função alocativa* do governo, pode-se dizer que as prestações fornecidas pelo Estado em caráter geral, para atender pretensões relacionadas a direitos fundamentais de primeira dimensão, deve ter o seu orçamento alocado com vistas ao fornecimento indiscriminado de bens de consumo *não rival*, ou seja, cujo consumo por um indivíduo não afeta o consumo por outro. Já quando a prestação se dá em caráter individual - como costuma acontecer em boa parte das prestações materiais relacionadas a direitos sociais - está-se diante de bens de consumo *rival*, em que o consumo de um bem por determinado indivíduo exclui automaticamente o consumo por outros indivíduos que, inclusive, podem estar na mesma situação de carência do serviço público. Tais considerações devem forçosamente ser levadas em conta quando se trata de delimitar o dever do Estado em termos de prestações materiais a serem fornecidas à população, daí porque não se pode olvidar de uma margem limite de gastos possíveis de serem feitos pelo governo ou, em outras palavras, de uma inevitável *reserva do possível*.

## 8. A cláusula da reserva do possível

Ao aludir à reserva do possível, alguns autores utilizam o substantivo *cláusula*, enquanto outros falam em *teoria* ou, ainda, em *princípio*. Qualquer destas palavras, contudo, serve bem para traduzir um vetor normativo que há de ser levado em conta ou, ao menos, não deve ser simploriamente ignorado: o Estado somente pode assegurar prestações positivas na medida das suas disponibilidades materiais e orçamentárias.

A reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*) teve origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a partir de casos

envolvendo critérios de acesso ao ensino superior da Medicina. Na sua origem germânica, portanto, a cláusula foi empregada no sentido de que qualquer prestação material a cargo do Estado estaria condicionada à razoável efetivação dos direitos sociais, naquilo que os indivíduos poderiam racionalmente esperar da sociedade no marco do Estado Social. No Brasil, assevera-se que tais parâmetros, na sua origem fixados a partir das condições sociais existentes na Alemanha, não poderiam ser acriticamente transportados para a nossa realidade, o que veio a ser ponderado por grandes constitucionalistas brasileiros e encontrou eco também no Supremo Tribunal Federal, desde a clássica decisão proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, quando se considerou que a reserva do possível não pode ser aleatoriamente invocada, senão diante de um justo motivo objetivamente aferível.

Nessa esteira de entendimento, o Pretório Excelso já firmou a sua jurisprudência no sentido de que é dever do Estado executar prestações materiais que assegurem à população as condições mínimas de desfrute dos direitos sociais, naquilo que se convencionou designar como *mínimo existencial*. Daí decorre a inoponibilidade da cláusula da reserva do possível frente ao núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados, de modo que, ainda que diante da insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, cabe ao Estado optar por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes (“escolhas trágicas”), adotando políticas públicas que tomem como parâmetro o princípio da dignidade da pessoa humana e a intangibilidade do mínimo existencial.

## 9. A inevitável relação entre reserva do possível e escassez

Não obstante a posição central já firmada pelo STF, afastando a cláusula da reserva do possível em situações nas quais esteja em jogo a implementação de prestações materiais necessárias a se garantir a intangibilidade do mínimo existencial, o tema precisa ser ponderado com seriedade em cada caso concreto, pois o mero apelo retórico a jargões simpáticos ou politicamente corretos de defesa da justiça social pode, na prática, vir a resultar em injustiça social por falta de planejamento e eficiência administrativa, não se podendo ignorar a complexidade da realidade fática subjacente às decisões políticas. Daí a atenção que se deve ter com a realidade dos fatos no momento da aplicação do Direito, sobretudo quando se cuida de adotar políticas públicas que devem prioritariamente estar voltadas ao atendimento de uma gigantesca população carente, como é o caso da brasileira, em que todos os cidadãos, e não apenas uma parte deles, tem direito a um tratamento digno em termos de chances de acesso a bens fornecidos pelo Estado.

Cumpra-se o princípio da realidade no Direito Público, segundo o qual os atos da Administração devem ter por base situações reais, visando atingir bons resultados de modo realista e não apenas retórico ou bem-intencionado. Se, de um lado, a cláusula da reserva do possível é uma categoria jurídica que não pode ser aleatoriamente invocada, de outro lado, o seu emprego na ciência do Direito inevitavelmente decorre de um princípio clássico da ciência econômica, qual seja o *princípio da escassez*.

O próprio conceito científico de Economia foi construído a partir do elemento *escassez*, enquanto dado natural sempre presente em qualquer agrupamento humano. Tal qual se concebe o Direito como um fenômeno que se apresenta onde houver relação intersubjetiva (*Ubi Societas Ibi Jus*), a escassez é um dado inexoravelmente relacionado à existência de recursos limitados para atender as necessidades humanas.

Ao contrário do que parece indicar o senso comum – talvez estimulado por mitos paradisíacos e utopias políticas bem intencionadas –, a escassez sempre existiu em qualquer civilização humana e continuará sempre existindo, sob qualquer nível de crescimento ou desenvolvimento social. Vale dizer, mesmo com a elevação do padrão de vida, o fenômeno estará contingencialmente presente em algum grau, variando tão somente o tipo de demanda, e tudo está a depender do cenário de disponibilidade de recursos materiais. É um equívoco pensar que sociedades de países desenvolvidos e ricos não enfrentam o problema da escassez, pois aumentando o padrão de vida da população, novas necessidades surgem e, ao lado delas, a exigência dos administrados perante a Administração Pública, no sentido de serem assegurados serviços públicos que, direta ou indiretamente, viabilizem o suprimento de tais necessidades. Ao lado disso, mesmo quando se considere de pouca monta a escassez nas sociedades mais abastadas (fartura) ou civilizadas em termos de distribuição igualitária das riquezas (solidariedade), basta uma mudança abrupta de cenário – *v.g.* em razão de algum desastre natural ou guerra – que a face cruel da escassez se revela.

Costuma-se combater o argumento da escassez (e, por corolário, o argumento jurídico da reserva do possível) sustentando que, qualquer que seja o contexto político e econômico, é dever do Estado assegurar, *no mínimo*, o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, de modo que não se poderia falar em escassez quando se estiver diante de prestações positivas voltadas para atender a população naquilo que considerado o *mínimo existencial*. O argumento é de boa retórica e convence na maioria das vezes. Contudo, não se pode olvidar que o fenômeno da escassez é realmente inevitável e encontra aplicação mesmo quando se argumente em termos de mínimo existencial, a não ser que se sustente haver um critério absolutamente estático para se definir o conteúdo do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que parece não vem sendo a melhor solução apontada pela doutrina, prevalecendo o entendimento

de que o núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais varia a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada país, não se admitindo a ideia de um conteúdo estático e imutável. Não obstante, defende-se a proibição do retrocesso naquilo que já veio a ser garantido, e nesse ponto o conteúdo seria absoluto, posto que dinâmico.

Ainda que observada a proibição de retrocesso e o aspecto dinâmico do núcleo intangível dos direitos fundamentais, o *mínimo existencial* variará a depender das condições e, com ele, o dever do Estado de fornecer prestações materiais condizentes com tal estado de coisas. Por conseguinte, é indubitável que sempre haverá alguma escassez em face do limite de recursos disponíveis e nisso consiste exatamente a ideia central da cláusula da reserva do possível. O Estado – qualquer Estado, ressalte-se –, por mais desenvolvido que seja, terá um ponto limite de atuação até o qual lhe será possível alocar os recursos públicos de que dispõe para fazer frente às necessidades de seus cidadãos. E o fato de não se dever invocar aleatoriamente a reserva do possível, como tem sido o entendimento do STF, não significa que o argumento nela calcado seja, por si só, inválido ou falacioso.

Reserva do possível sempre haverá, em alguma medida. A discussão séria, que deve haver em cada contexto, é a de saber em que ponto a reserva do possível começa e pode ser invocada. E isto não tem sido feito, nem pelos que a defendem, nem pelos que a repudiam.

## 10. A reserva do possível e a responsabilidade civil do Estado

Na festejada ADPF n. 45, o STF consolidou sua jurisprudência no sentido de que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa, razão pela qual não deve o Poder Público invocar justificativas artificiais sob pretexto de insuficiência orçamentária, que acabam por fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

É de assinalar, contudo, que na medida em que se imponha ao Estado o dever de atender a todas as pretensões fundamentais na área social, cumpre, por regra de coerência que deve estar presente em qualquer ciência que se preze, reconhecer a responsabilidade civil do Estado em todos os casos em que tais pretensões não tenham sido atendidas, gerando danos materiais e/ou morais aos que necessitavam das respectivas prestações positivas. Ou seja, uma vez se reconhecendo amplamente direitos individuais a tais prestações por parte do Estado, cria-se para estes respectivos *deveres* e, por conseguinte, a *responsabilidade* pelo inadimplemento destes deveres perante os respectivos indivíduos frustrados em suas pretensões.

Para os juristas que, ampliando a concepção tradicional de direito subjetivo, defendem ser *dever* do Estado assegurar prestações positivas relacionadas a direitos sociais em todas as situações individualmente demandadas, não haveria como discordar que o não atendimento dessas pretensões individuais implica a responsabilidade civil do Estado nesses mesmos casos, sem que se possa invocar qualquer excludente de responsabilidade. Em outras palavras, por dever de coerência científica, deveriam tais juristas, ao lado de defender a amplitude dos deveres estatais na área social, também defender que a responsabilidade civil do Estado, nesse terreno, há de ser apurada segundo a teoria do *risco integral*.

Esta conclusão parece não ser ainda a abraçada pela doutrina e jurisprudência pátrias, que, em tema de responsabilidade civil do Estado, como visto, seguem refutando a teoria do risco integral, preferindo lançar mão da teoria do risco administrativo (mitigado) para os atos comissivos e da teoria da culpa administrativa para os atos omissivos. Contudo, esse discurso atenuado em termos de responsabilidade civil do Estado, quando se trata de indenizar por danos materiais/morais, não mais condiz com o discurso extremado que se vem adotando em termos de deveres primários do Estado, quando se trata de disponibilizar, a todos os que vierem a pleitear, administrativa ou judicialmente, prestações relacionadas ao núcleo intangível dos direitos sociais (o chamado *mínimo existencial*), envolvendo, por exemplo, o fornecimento de medicamentos de alto custo, internações em UTI, medidas de saneamento básico, fornecimento de habitação, criação de creches municipais etc.

Ora, ao se considerar que tais prestações devem ser integralmente fornecidas a todos os indivíduos que delas necessitam, é imposição lógica e inevitável que se considere que todos os que não forem atendidos a contento por tais prestações, até mesmo nos casos de desastres naturais (força maior), terão, em tese, direito a uma indenização pelos danos causados por tal inadimplemento por parte do Estado, mesmo sem previsão em lei específica. E pensar numa responsabilidade civil com tamanha magnitude de nexo causal, nada mais é do que adotar a tese do risco integral.

Não soa lógico que um mesmo doutrinador assevere, no capítulo dos direitos sociais, o pleno dever do Estado em assegurar, a todos os cidadãos e sejam quais forem as circunstâncias, as prestações positivas garantidoras do mínimo existencial, enquanto, no capítulo da responsabilidade civil do Estado, siga adotando a teoria da culpa administrativa para os atos omissivos, sem ressalvas. Urge, então, que se reescrevam os manuais de Direito Público, fazendo-se constar, na parte em que tratam da responsabilidade civil do Estado, que a teoria do risco integral deve ser a adotada no Brasil quando se cuida especificamente de indenizar danos materiais e/ou morais decorrentes de omissões estatais no fornecimento de prestações positivas necessárias à garantia do núcleo essencial e intangível dos direitos fundamentais sociais.

Caso inadvertidamente venha a vingar tal construção teórica, as consequências podem ser desastrosas em termos de segurança jurídica. Tomemos como exemplo uma situação em que a Administração Pública, por razões contingenciais, não forneceu a tempo e modo um medicamento de alto custo que poderia salvar a vida de um paciente, vindo este a óbito. Pela teoria do risco integral, deveria o Estado ser responsabilizado a indenizar a respectiva família pelos danos decorrentes da perda do ente querido. Pois bem, pode-se então asseverar que o mesmo haverá de se aplicar – e porque não? – em casos de danos oriundos da ineficiência de ações nas áreas de segurança pública, saneamento básico, alimentação, habitação, educação, dentre outras. É o que se imagina deva acontecer, para que se garanta a coerência do sistema jurídico.

A tendência no Direito Público será, quem sabe, caminhar para um modelo similar ao que já vem sendo defendido por alguns doutrinadores no Direito Privado, concebendo-se uma *ampliação das hipóteses de responsabilidade solidária*, de maneira a se atingir um contexto de ampla *responsabilidade social* sob um modelo de Estado garantidor universal.

Fácil constatar que a simplória refutação da reserva do possível, quando se trate de efetivar direitos sociais por meio de prestações positivas atribuídas ao Estado, não significa outra coisa senão acolher o risco integral da atividade estatal nesta mesma seara. Sob este prisma, *reserva do possível* e *risco integral* **são verso e reverso de uma mesma medalha. Não reconhecer a reserva do possível** em nenhum caso, **é** o mesmo que adotar o risco integral em todos os casos.

Urge compreender que somente se pode falar em direitos (e, consequentemente, em deveres correlatos) quando se estiver diante do *possível*. O Direito não pode proteger interesses que não sejam ao menos factíveis em termos de recursos materiais e financeiros razoavelmente disponíveis para a sua proteção. E ainda que não se consiga apontar facilmente o que é ou não *possível* nestes termos – sobretudo numa grande economia como a brasileira, associada ao nosso quadro histórico de desigualdade social – há de se presumir existir, em alguma medida, uma linha limite entre o que é ou não possível, não se podendo pensar nos fins dissociados dos meios disponíveis para assegurá-los.

O Direito não deve ir contra a realidade dos fatos, tornando-se promessa vã ou assumindo caráter meramente simbólico. Se é preciso que o Estado assumira o seu importante papel de garantir ao máximo a efetividade dos direitos sociais, noutro giro **não se pode olvidar das reais dificuldades que se enfrenta no cumprimento desse desiderato, notadamente a alocação de recursos públicos para custear os inevitáveis gastos aí envolvidos.**

Cumpra seguir um modelo de garantias que seja coerente em termos de deveres e responsabilidades do Estado. Só se pode reconhecer um *dever* estatal em situações nas quais o descumprimento desse dever faça surgir inexoravelmente

uma *responsabilidade*. Daí o confronto que, na ciência jurídica, deve ser feito entre as teorias que buscam moldar o papel do Estado no tocante às prestações de serviços sociais e as teorias construídas para delimitar a sua responsabilidade civil por omissão em tais prestações.

Desta feita, para que reserva do possível não se transforme em risco integral, é recomendável que haja mais diálogo dos professores de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais com os professores de Direito Administrativo e Direito Financeiro.



# O problema do inadimplemento eficiente e uma sugestão a título de *contract design*

Tiago Bitencourt De David<sup>1</sup>

Imaginemos.

*João foi contratado pela empresa X para a realização de um comercial de televisão, obrigando-se a atuar na peça publicitária e comprometendo-se a não participar de publicidade de produto concorrente pelo prazo de cinco anos. Após protagonizar o comercial, João é sondado pela sociedade empresarial Y que lhe oferece uma quantia bastante superior à da cláusula penal avençada entre João e X para o caso de inadimplemento da cláusula de não atuar em publicidade da concorrência.*

*João, ante o teor do art. 416, parágrafo único, do Código Civil e da ausência de previsão contratual de indenização suplementar, opta pela violação de dever assumido no primeiro contrato, auferindo a vantagem relativa à diferença do que receberá no segundo contrato e aquilo que deverá pagar em atenção à cláusula penal ajustada na primeira avença. A empresa Y, tal como João, fia-se na ausência de indenização suplementar, além da alegação de que, sendo terceira ao contrato precedente, não pode ser responsabilizada, ao menos diretamente pela empresa X.*

Eis um típico exemplo de inadimplemento (economicamente) eficiente.

## 1. O problema jusfilosófico decorrente do inadimplemento eficiente

Em termos bastante simples, tem-se que se João aceita a oferta financeiramente mais vantajosa apresentada por um segundo contratante, pagando a

---

<sup>1</sup> Juiz Federal Substituto – Terceira Região. Mestre em Direito (PUCRS). Especialista em Direito Processual Civil (UNIRITTER). Especialista em Direito Civil pela Escola Verbo Jurídico. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM, Toledo/Espanha). Bacharel em Filosofia (UNISUL). Concluiu curso de extensão em *Contract Design* na FGV/SP.

E-mails: tdauid@trf3.jus.br e tiagobd@hotmail.com

multa contratual ao primeiro contratante, o inadimplemento do avença precedente em nome do cumprimento de um segundo pacto é economicamente eficiente. No exemplo, o pagamento superior feito pela empresa Y, suficiente para cobrir a cláusula penal estipulada no primeiro contrato, revela que o trabalho de João está sendo alocado no modo pelo qual é mais estimado, sendo o preço a medida do quanto se acredita aumentar o bem-estar por meio da aquisição do serviço.

O exemplo acima trata-se de um modo bastante singelo de apresentar um problema complexo que possui outras dimensões relevantes para além dos interesses voltados à maximização de riquezas.

Robert Cooter e Thomas Ulen<sup>2</sup>, a Teoria da Negociação se vale da Teoria dos Jogos para afirmar que o bem-estar é maximizado quando alguém vende por mais algo que estima menos e quando alguém adquire por menos o que entende valer mais. Essa idéia de circulação de bens e criação de riquezas operacionaliza um conceito de eficiência que justifica o capitalismo em razão do acréscimo de bem-estar oriundo das relações negociais. Contudo, como assumiu o próprio fundador da *Law and Economics*<sup>3</sup>, nem sempre quem mais precisa de determinado bem pode pagar o preço que alguém, cujo anseio é menor, está em condições de adimplir.

Além de nem sempre aquele que pode pagar mais, realmente precise ou deseje mais o bem ou serviço, existe ainda o problema da eficiência não se constituir no único e ou no mais importante valor a ser defendido e promovido pelo sistema jurídico.

Ronald Dworkin<sup>4</sup>, destacando a impossibilidade de assentar-se uma Teoria da Justiça tão-somente sobre a riqueza que, se for um valor, deve sê-lo dentre tantos outros, de forma a sustentar uma Ética pluralista. Mesmo que se admita uma Ética pluralista, faz-se necessário ter uma definição de eficiência que se harmonize com os demais elementos do sistema jurídico, especialmente aquelas previsões de envergadura constitucional.

---

<sup>2</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 105 ss.

<sup>3</sup> POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 10: "A poor family has a child who will be a dwarf if he does not get some of extract, but the family cannot afford the price and could not even if it could borrow against the child's future earnings as a person of normal height, because the present value of those earnings net of consumption is less than the price of extract. A rich family has a child who will grow to normal height, but the extract will add a few inches more, and his parents decide to buy it for him. In the sense of value used in this book, the pituitary extract is more valuable to the rich than to the poor family, because value is measured by willingness to pay; but the extract would confer greater happiness in the hands of the poor family than in the hands of the rich one."

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 351-398.

Nessa mesma linha encontra-se a crítica de Amartya Sen aos fundamentos da Economia contemporânea, onde a racionalidade é entendida tão-somente enquanto auto-interesse. O Nobel de Economia sustenta a impossibilidade de desvincular-se a Ética da Economia, vez que ambas deitam raízes na Política, como já anunciava Aristóteles há quase 2.500 anos atrás.

Assim, observa-se que a realização egoísta dos interesses pode afastar-se do bem comum, ou seja, da idéia de maximização do bem-estar exigida pela visão social do conceito de eficiência. Quando uma pessoa com alto poder aquisitivo busca medicamentos gratuitos junto ao Estado ela é racional no sentido de alcançar o seus interesses, mas ninguém conseguiria afirmar que a alocação para ela é uma medida que atende à otimização dos recursos, ou seja, faz-se necessária a atuação do Estado na questão não só no sentido da prestação, mas no sentido da entrega socialmente eficiente dos medicamentos.

Observa-se que a Constituição brasileira ao prestigiar a liberdade, a livre iniciativa e a propriedade, acabou por aceitar que a eficiência econômica é um valor constitucional a concorrer com os demais.

## 2. O problema da indenização do dano causado pelo inadimplemento eficiente

Para além da questão moral envolvida, a possibilidade de alguém quebrar um contrato tendo em vista um ganho maior - a ser obtido por meio de um outro pacto com terceiro - do que o custo do inadimplemento, deve ser examinada à luz da necessidade de ampla indenização dos danos sofridos pela parte inocente da avença descumprida e do lícito direito do credor a ver a execução específica da prestação devida.

É sabido que as cláusulas de não-indenizar e de limitação da responsabilidade são inaplicáveis em caso de dolo do inadimplente. A razão de tal consequência funda-se na inadmissibilidade da invocação de tais cláusulas por parte de quem, em um primeiro momento pactua-as para, depois, descumpri-las em seu próprio benefício, obtendo proveito de sua própria torpeza.

A solução para parte do problema do inadimplemento eficiente parece passar pela aplicação às cláusulas penais do mesmo princípio que obsta a incidência das cláusulas exonerativa e limitadora, impedindo sua eficácia diante do descumprimento doloso.

Na medida em que a cláusula penal afasta, salvo previsão contratual em sentido oposto, a indenização suplementar, abre-se terreno fértil ao oportunismo, pois, visando aproveitar-se da pré-fixação da indenização a ser paga, o contratante busca melhor opção no mercado, beneficiando-se da diferença entre o valor obtido em novo negócio e aquele a ser pago por força do descumprimento da avença pretérita.

Por isso, revela-se de suma importância permitir-se a indenização suplementar em caso de conduta dolosa do inadimplente, especialmente quando o descumprimento é movido pela busca de outra contratação mais vantajosa ao faltoso. Assim, inverte-se a lógica do art. 416, parágrafo único, do Código Civil, de modo a evitar-se que danos restem sem indenização por parte do devedor que se beneficiaria do descumprimento intencional da cláusula penal, mormente quando fundado em vantagem econômica decorrente da inadimplência de um contrato para ajustar-se outro.

A propósito, a ausência de indenização suplementar não se revela no aspecto principal do problema do inadimplemento eficiente, vez que nem sempre há dano a ser indenizado. A questão do dano extrapolar o montante da cláusula penal é aspecto relevante, mas não consiste no cerne do tema.

Nuclear, por sua vez, mostra-se a posição do credor que tem a seu favor – e não o devedor – a cláusula penal como opção, podendo valer-se, caso assim deseje, da execução específica.

Pode o credor inocente postular, o cumprimento do pacto, se ainda possível e houve interesse. Há casos nos quais o descumprimento frustra qualquer interesse na exigência da avença, mas existem outros nos quais o inadimplemento assume contornos relativos, sendo viável buscar medidas judiciais (p. ex. astreintes) para estimular o faltoso a retomar o programa contratual. Nesse sentido, aliás, bem pontifica Juliana Krueger Pela<sup>5</sup>:

Por fim, o quinto – e talvez mais importante – obstáculo reside na possibilidade, prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil vigente (de 1973), de o credor valer-se da tutela específica da obrigação, em caso de descumprimento. Em razão da tutela específica, aplicável às obrigações de fazer em geral, o credor não está adstrito a receber a multa pactuada, podendo obter – por via judicial – a satisfação da própria obrigação ou o “resultado prático equivalente ao do adimplemento”. A não ser que se admita a licitude de renúncias prévias a qualquer pedido de tutela específica, afasta-se, assim o *efficient breach*.

Assim, o inadimplemento eficiente perpassa, ao mesmo tempo, uma análise da real extensão dos danos que venham a ser causados pelo descumprimento contratual, bem como o direito que assiste ao credor de compelir o devedor a cumprir a prestação na forma avençada, pois a cláusula penal é sempre uma alternativa a favor da parte inocente – e não da parte faltosa.

<sup>5</sup> PELA, Juliana Krueger. Inadimplemento eficiente (*efficient breach*) nos contratos empresariais. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS**. Volume 11. 2016, p. 77-88. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/69111/39932>. Acessado em 19.11.2018.

### 3. O problema da responsabilidade do terceiro cúmplice

Outra questão relevante diz respeito à expansão dos responsáveis pelo inadimplemento, alcançando não apenas o contratante que inadimpliu o contrato, mas igualmente aquele que instigou a fazê-lo ou beneficiou-se do descumprimento, ciente do compromisso pretérito. Aqui tem-se a questão que vem sendo conhecida como “tutela externa do crédito” ou doutrina do “terceiro cúmplice”, “tutela aquiliana do crédito” ou do “efeito externo” do contrato.

A nova contratação não pode simplesmente desconsiderar a avença antecedente, como se não existisse. Destoa da função social do contrato e da boa-fé objetiva sua formação em detrimento de outro já constituído<sup>6</sup>. Em muitos casos, o novo contrato não apenas representa uma afronta ao ajuste anterior, mas também uma hipótese de concorrência desleal<sup>7</sup>.

Em parecer que se tornou referência doutrinária acerca do assunto, Antonio Junqueira de Azevedo<sup>8</sup> vaticina:

14. Aceita a idéia de função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são *partes* no contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que *os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse*.

Tendo em vista o parecer de Antonio Junqueira de Azevedo, Luciano de Camargo Penteado<sup>9</sup> igualmente assevera:

[...] muito embora o terceiro não seja parte de um contrato, em determinados casos deve ter sua situação jurídica onerada, ao menos pelo dever de respeito ao seu conteúdo, a fim de que não se possam violar as convenções utilizando-se de terceiros. Assim, nota-se uma

<sup>6</sup> A maior parte da doutrina associa a doutrina do terceiro cúmplice à violação da função social do contrato e isso nos parece correto. Todavia, Anderson Schreiber (**Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 465 e 466) fundamenta a responsabilidade na boa-fé objetiva desatendida pelo terceiro, o que também é certo, dado o comportamento desleal do cúmplice. Assim, entendemos que ambos princípios impõem a responsabilidade na espécie.

<sup>7</sup> Nesse sentido: PELA, Juliana Krueger. Inadimplemento eficiente (*eficiente breach*) nos contratos empresariais. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS**. Volume 11. 2016, p. 77-88. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/69111/39932>. Acessado em 19.11.2018; CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Volume VI**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 427.

<sup>8</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 142.

<sup>9</sup> PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos Contratuais perante Terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 122.

responsabilidade do terceiro, ainda que indireta, pelas vicissitudes ocorridas no interior da relação obrigacional.

Sobre o mesmo tema, Teresa Negreiros<sup>10</sup> é especialmente didática:

O princípio da função social condiciona o exercício da liberdade contratual e torna o contrato, como situação jurídica merecedora de tutela, oponível erga omnes. Isto é, todos têm o dever de se abster da prática de atos (inclusive a celebração de contratos) que saibam prejudiciais ou comprometedores da satisfação de créditos alheios. A oponibilidade do contrato traduz-se, portanto, nesta obrigação de não fazer, imposta àquele que conhece o conteúdo de um contrato, embora dele não seja parte. Isto não implica tornar as obrigações contratuais exigíveis em face de terceiros (é o que a relatividade impede), mas impõe aos terceiros o respeito por tais situações jurídicas, validamente constituídas e dignas de tutela do ordenamento (é o que a oponibilidade exige).

A expansão da responsabilidade ao terceiro cúmplice impõe sua responsabilidade solidária pelo inadimplemento, seja da prestação principal, seja de dever secundário ou até mesmo anexo. Isso porque, na medida em que terceiro sabe da avença original ou tem plenas condições de saber, mas opta pela ignorância, está-se diante de um ilícito cometido ao mesmo tempo pelo contratante faltoso quanto pelo outro que estimula e adere à conduta, respondendo, assim, solidariamente pela falta<sup>11</sup>. Um exemplo de previsão legal nesse sentido referida pela doutrina<sup>12</sup> é o art. 608 do Código Civil<sup>13</sup>. Outros exemplos são o do

<sup>10</sup> NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 264 e 265.

<sup>11</sup> No sentido da responsabilidade solidária e extracontratual, do terceiro: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145; CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Volume VI**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 429; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, volume 821, 2004, p. 9 (da versão digital); SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 463-466; PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 142.

<sup>12</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, volume 821, 2004, p. 8 (da versão digital); TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Vol. 3**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 126 e 127; ALVIM, Teresa Arruda. Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002: a função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, volume 93, set./2018, São Paulo: RT, p. 232.

<sup>13</sup> Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de

apresentador de televisão que troca de emissora com infringência do contrato precedente<sup>14</sup>, o do garoto-propaganda de cervejaria que passa a protagonizar campanha publicitária para concorrente<sup>15</sup> e o do adquirente de veículo comprado com desconto por funcionário de empresa automobilística que havia se comprometido com o empregador a não o revender o bem<sup>16</sup>.

É claro que, como acertadamente anota António Menezes Cordeiro<sup>17</sup>, “só em casos especiais o terceiro pode ser responsabilizado pelo que fez. Normalmente, ele nem saberá do crédito do terceiro (ou isso não se poderá provar)”. Otavio Luiz Rodrigues Junior<sup>18</sup> bem observa que, além dos casos de comprovada ciência pelo terceiro acerca da preexistência de enlace entre aquele que está prestes a inadimplir a avença e outrem, igualmente autoriza a responsabilização a circunstância de ser notória e pública a avença precedente.

A extensão da responsabilidade ao terceiro que adere à conduta do contratante faltoso deve incluir, a nosso sentir, não apenas a possibilidade de indenização dos danos, mas a oposição da cláusula penal existente<sup>19</sup>, enquanto mínimo devido à parte inocente, sem prejuízo de indenização suplementar, mesmo em casos de expressa previsão contratual de inexistência da mesma, isso porque a avença não pode beneficiar quem dolosamente a descumpre<sup>20</sup>. A solução apresentada pela

---

cabem durante dois anos. Como bem aponta Rodrigues Júnior (Ob. Cit., p. 8), o dispositivo tem precedente no Código Civil de 1916, mais precisamente no art. 1.235. Da comparação entre os dispositivos depreende-se com as consequências do aliciamento tornaram-se menos gravosas no Código Reale em face do regime anterior.

<sup>14</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, volume 821, 2004, p. 7 (da versão digital).

<sup>15</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Vol. 3.** Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 126 e 127.

<sup>16</sup> ALVIM, Teresa Arruda. Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002: a função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, volume 93, set./2018, São Paulo: RT, p. 209-236.

<sup>17</sup> CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Volume VI.** 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 429 e 430.

<sup>18</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, volume 821, 2004, p. 10 (da versão digital).

<sup>19</sup> Contra: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, volume 821, 2004, p. 9 (da versão digital).

<sup>20</sup> Na medida em que entendemos que a parte que dolosamente frustra a prestação não pode invocar a ausência de indenização suplementar na cláusula penal, não existe o risco do terceiro cúmplice pagar menos do que o devedor. Por isso, concordamos com Anderson Schreiber (**Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 465 e 466) quando

Lei Pelé vai no mesmo sentido, opondo ao clube que recebe o esportista a multa contratual devida à entidade esportiva da qual o atleta está se desligando. Prevê expressamente o art. 28, § 2º, da Lei Federal 9.615/98 (“Lei Pelé”) que o novo clube é responsável solidário em relação à “cláusula indenizatória desportiva” devida pelo atleta ao time com o qual exista avença vigente.

Note-se que não se tem na previsão legal a responsabilidade pela indenização suplementar, isso porque nesse tipo de transação normalmente não há dano a ser indenizado, mas sim um dever de pagamento da cláusula indenizatória desportiva.

Inexistindo multa contratual, impõe-se a comprovação não apenas da má-fé do terceiro ou, pelo menos, ciência presumida pela notoriedade da avença a ser descumprida, a comprovação das perdas e danos efetivamente ocorridos.

#### 4. Uma solução em termos de contract design

Por outro lado, há formas de arquitetar, previamente, uma saída do enlace contratual.

A estipulação de direito de retirada do contrato, denunciando-o, bem como outras avenças que expressamente prevejam o direito potestativo de voluntariamente não-executar determinada prestação mediante o pagamento de determinada quantia, são possíveis modos de antever um comportamento que, em detrimento de um programa contratual projetado, busque maximizar ganhos.

À diferença de uma cláusula penal, tais ajustes preveem um direito de pagar para não cumprir determinada obrigação, segundo a vontade do obrigado – e não do beneficiário – e independentemente dos prejuízos que eventual conduta puder ensejar ao credor. Como leciona Mário Júlio de Almeida Costa<sup>21</sup>:

Contudo, as partes podem estabelecer que o credor fique só com o direito à quantia estipulada para o não cumprimento. Desaparece, então, o sentido característico da cláusula penal, desenhando-se a situação como uma obrigação com faculdade alternativa do devedor ou como uma cláusula de arrependimento ou retractação deste. Não se aplica, por consequência, o regime acabado de referir para a cláusula penal.

No mesmo sentido sustenta Rafael Baptista Baleroni<sup>22</sup>:

---

este aduz que o terceiro não pode invocar cláusula penal em seu favor, mas sem assentirmos com a conclusão no sentido de que o devedor poderia acabar sendo menos onerado do que o outro.

<sup>21</sup> COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 800.

<sup>22</sup> BALERONI, Rafael Baptista. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de *ship-or-pay* e *take-or-pay* nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral**



Por fim, não se diga que existe cláusula penal na estipulação da necessidade de efetuar pagamentos mesmo perante a não retirada ou transporte de gás natural. Tal é da própria natureza do contrato e não deve ser confundida com a hipótese de obrigação de natureza acessória para fins de penalizar o devedor em mora e pré-liquidar perdas e danos a que corresponde a cláusula penal. Como se apontou acima, uma das funções econômicas das cláusulas de *take-or-pay* e *ship-or-pay* o adquirente ou o Carregador de gás por retirar ou fazer uso de uma capacidade de transporte de gás natural inferiores às contratadas mas sim garantir um fluxo de caixa mínimo no empreendimento, capaz de remunerar adequadamente os investimentos realizados pelo agente econômico.

Tal como ocorre em relação às arras penitenciais, o direito de desistência em relação ao negócio depende de expressa avença nesse sentido, seja para afastar a pretensão de execução específica, seja para afastar o pleito de indenização suplementar diante de um descumprimento doloso.

Note-se, por fim, que a “cláusula indenizatória desportiva” prevista na Lei Pelé e a cláusula *take or pay* já desempenham, de certo modo, a solução de *contract design* aqui apontada.

## Bibliografia

ALVIM, Teresa Arruda. Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002: a função social do contrato. **Revista de Direito Privado**, volume 93, set./2018, São Paulo: RT, p. 209-236.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BALERONI, Rafael Baptista. Aspectos econômicos e jurídicos das cláusulas de *ship-or-pay* e *take-or-pay* nos contratos de transporte e fornecimento de gás natural. **Revista Trimestral de Direito Civil**, volume 27, jul./set. 2016, p. 247-264.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil: Direito das Obrigações. Volume VI**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2ª ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

---

**de Direito Civil**, volume 27, jul./set. 2016, p. 263.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PELA, Juliana Krueger. Inadimplemento eficiente (*eficiente breach*) nos contratos empresariais. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS**. Volume 11. 2016, p. 77-88. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/69111/39932>. Acessado em 19.11.2018.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos Contratuais perante Terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2003.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, volume 821, 2004, p. 80-98. (Versão digital)

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Vol. 3**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

## O Poder Judiciário e o Setor Elétrico: *Interpretação do Enunciado 20 do FONACRE 2018*

*Fabiano Ricardo Luz de Brito  
Maricí Giannico*

O Enunciado n.º 20 aprovado no FONACRE de 2018 indica que “*Ao decidir sobre questões regulatórias no setor de energia elétrica, os juízes devem ter em conta os problemas sistêmicos e econômicos que suas decisões podem causar*”.

O presente artigo se propõe a avaliar o contexto e como a diretriz apresentada pelo Enunciado em questão, se adotada nas decisões judiciais, pode contribuir para o aumento da previsibilidade e da segurança jurídica no setor elétrico.

Desde a década de 90, o setor elétrico passou por profundas reformas legislativas e regulatórias que alteraram o perfil dos agentes participantes do setor e o regime jurídico aplicável às suas atividades.

Como explica a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE<sup>1</sup>, o setor evoluiu de (i) um modelo antigo (utilizado até 1995), caracterizado por empresas predominantemente estatais, verticalizadas (que geravam, transmitiam e distribuíaam energia), financiamento essencialmente público, com tarifas reguladas em todos os segmentos e sem competição, para (ii) uma fase de transição, com a segregação de atividades, criação de instituições (como a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, o Operador Nacional do Sistema – ONS e a própria CCEE) e privatizações, chegando enfim (iii) ao modelo atual, em que há liberdade de contratação por uma parcela cada vez maior de consumidores,

---

<sup>1</sup> Ver tabela comparativa em [https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages\\_publico/onde-atuamos/setor\\_eletrico?\\_adf.ctrl-state=w0rc8amm8\\_1&\\_afLoop=1524441247129973#!%40%40%3F\\_afrLoop%3D1524441247129973%26\\_adf.ctrl-state%3Dw0rc8amm8\\_5](https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/onde-atuamos/setor_eletrico?_adf.ctrl-state=w0rc8amm8_1&_afLoop=1524441247129973#!%40%40%3F_afrLoop%3D1524441247129973%26_adf.ctrl-state%3Dw0rc8amm8_5), acessada em 02/03/2019.

há competição nas atividades de geração e comercialização, leilões competitivos para contratação de concessionárias de transmissão e distribuição e coexistência de um mercado regulado, um mercado livre e um mercado de curto prazo de compra e venda de energia.

Sob a perspectiva jurídica, no modelo vigente convivem agentes sujeitos a regimes de serviço público e tarifa regulada (como as concessionárias de transmissão e distribuição) – erguido sobre o fundamento do art. 175 da Constituição – e agentes que exercem atividade econômica em sentido estrito, com preços livremente negociados (como os agentes de geração e as comercializadoras), sujeitos a um regime de liberdade e competição construído sobre os artigos 170 e 173 da Constituição.

A definição de quais atividades são consideradas serviço público e quais são tratadas como atividade econômica em sentido estrito é tarefa atribuída ao legislador e reflete o momento histórico vivido (razão pela qual as atividades sujeitas a um e outro puderam ser alteradas durante a reformas da década de 1990 e 2000 e os três modelos acima referidos)<sup>2</sup>.

Ainda, há agentes de geração que utilizam bens públicos reversíveis em suas atividades (como as concessionárias de usinas hidrelétricas) e agentes cujos ativos são exclusivamente privados (como as usinas eólicas, solares e termelétricas).

Por um lado, as reformas do setor feitas ao longo das últimas décadas tiveram sucessos inegáveis: atraíram investimentos privados, permitiram o crescimento da matriz elétrica (que aumentou sua capacidade instalada de 74.877MW em 2001 para mais de 160.243MW em 2018<sup>3</sup>), resultaram na diversificação da matriz (que atingiu a marca de 12% de usinas eólicas, solares e pequenas centrais hidrelétricas em 2018<sup>4</sup>) e, em especial, permitiram a conexão de mais de 16,2 milhões de usuários rurais a partir de programas de universalização<sup>5</sup>.

Por outro lado, a convivência de mais de 7.000 agentes de naturezas diferentes (estatais e privados), exercendo atividades distintas (comercialização, produção, transmissão, distribuição, consumo livre e autoprodução) e sujeitos a regimes diferentes (serviço público ou atividade econômica) tem resultado e continuará naturalmente a resultar em oposições entre os diversos interesses de parte a parte que, se não resolvidas, geram conflitos.

Tais conflitos são resolvidos nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

<sup>2</sup> Nesse sentido, ver explicação de Eros Roberto Grau em “A Ordem Econômica na Constituição de 1998, 8ª ed., Malheiros, São Paulo, 2003, pp. 98-99.

<sup>3</sup> Fonte: Boletim de Informações Gerenciais feito pela Agência Nacional de Energia Elétrica (disponíveis em [www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br)).

<sup>4</sup> Fonte: Boletim de Informações Gerenciais feito pela Agência Nacional de Energia Elétrica (disponíveis em [www.aneel.gov.br](http://www.aneel.gov.br)).

<sup>5</sup> Ver [https://www.mme.gov.br/luzparatodos/Asp/o\\_programa.asp](https://www.mme.gov.br/luzparatodos/Asp/o_programa.asp) (acessada em 05/03/2019).

Parte desses conflitos está previamente “resolvida” na legislação, com a definição de direitos e obrigações entre os diferentes agentes e desses com União. Outra parte é disciplinada e “resolvida” por atos do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e do Ministério de Minas e Energia e pela regulamentação do setor editada pela ANEEL. Em um cenário ideal, apenas uma parcela subsidiária dos conflitos chegaria ao Judiciário, o que, infelizmente, não ocorreu nos últimos anos.

De fato, uma série de alterações legislativas e regulamentares (como as Medidas Provisórias 577/2012 e 579/2012 e a Resolução CNPE 3/2013) trouxe novas regras para esse conjunto de milhares de agentes, alterando o delicado equilíbrio em que o modelo se mantém. Acrescido a isso, um cenário hidrológico ruim em determinados anos, a falta de um funcionamento adequado de determinados mecanismos do passado após o crescimento e as mudanças do setor (como o MRE) e os cenários econômicos que afetaram a todos e fizeram determinados agentes sucumbirem (como certas distribuidoras, algumas transmissoras e, mais recentemente, comercializadoras) resultaram em aumento dos conflitos levados ao judiciário.

A nosso ver, é nesse contexto que o Enunciado 20 precisará ser sopesado e adequadamente aplicado.

Preliminarmente, é preciso esclarecer que, em nosso entendimento, o Enunciado 20 em nenhuma medida significa que o Poder Judiciário deverá se afastar das questões do setor elétrico.

De fato, a primeira parte do Enunciado, ao dizer que “[a]o decidir sobre questões regulatórias no setor de energia elétrica (...)”, prevê, na realidade, que o judiciário continuará a decidir “questões regulatórias” do setor elétrico.

Essa previsão nos parece correta, uma vez que, em cenários nos quais os conflitos não forem resolvidos no Legislativo ou no âmbito do Poder Executivo, não haverá espaço para a diminuição da atuação judiciária no setor elétrico.

Ademais, interpretação diversa, ofenderia diretamente o art. 5º, XXXV, da Constituição.

Assim, a chave para a interpretação do Enunciado 20 e sua importância para o aumento da segurança jurídica encontram-se na segunda parte do Enunciado, que prevê que “os juízes devem ter em conta os problemas sistêmicos e econômicos que suas decisões podem causar”.

A nosso ver, três conceitos serão importantes para a aplicação prática dessa diretriz:

**A matriz de agentes e seus respectivos papéis.** Como descrito no início do presente artigo, vinte anos de reformas e mudanças criaram um sistema elétrico maior, mais diverso e mais universal, resultando, por outro lado, em uma matriz complexa de diferentes agentes que coexistem em um equilíbrio delicado entre si. Compreender previamente quais tipos de agentes,

seus direitos e obrigações é essencial para não se atribuir a uma distribuidora responsabilidades que são de transmissoras (e vice-versa) ou a um comercializador a responsabilidade pela entrega física da energia. Será um equívoco se os efeitos econômicos de uma decisão ultrapassarem o papel assumido pelo agente no âmbito dessa matriz.

### **O funcionamento em sistema e as inter-relações entre os agentes.**

Tendo sido organizado em um sistema desverticalizado, a atuação de um agente no setor elétrico pode ter efeitos sobre terceiros diversos daqueles que são contrapartes imediatas em suas relações jurídicas. Como se sabe, a regra geral de todos os processos individuais é que as decisões devem produzir efeito *inter partes* (art. 506 do novo Código de Processo Civil). Assim, tal como não se deve imputar obrigações e responsabilidade a um agente que não sejam suas, por outro lado, as disputas entre dois agentes não podem afetar terceiros que não estejam no âmbito da disputa em questão. Logo, ao autor da ação cabe identificar e colocar no polo passivo os demais agentes em que esteja em conflito, adequando os pedidos ao que afete apenas aos agentes em questão, bem como ao magistrado cabe deferir pedidos legalmente fundamentados, mas que não ultrapassem as obrigações e responsabilidades daqueles envolvidos na demanda.

**A competência e a responsabilidade residual da União.** Por força do art. 21 da Constituição, compete a União explorar os serviços de energia elétrica, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão.

Na definição de Maria Sylvia Zanela Di Pietro, competência é o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, que são fixadas pelo direito positivo (no caso, a Constituição)<sup>6</sup>. Logo, quando o artigo em questão prevê que os serviços de energia elétrica são de competência da União, significa que a Constituição impôs à União o dever de prestar os serviços de energia elétrica, não uma faculdade.

Aliás, como bem explica Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração Pública não têm poderes ou faculdades. A União, como os demais entes da Administração Pública, exercem funções administrativas, sendo investida do dever de satisfazer as finalidades eleitas pela Constituição<sup>7</sup>. Também nesse sen-

<sup>6</sup> “Partindo-se da ideia de que só o ente com personalidade jurídica é titular de direitos e obrigações, pode-se dizer que, no direito brasileiro, quem tem capacidade para a prática de atos administrativos são as pessoas públicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Ocorre que as funções que competem a esses entes são distribuídas entre órgãos administrativos (como os Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e, dentro destes, entre seus agentes, pessoas físicas. Assim, a competência tem que ser considerada nesses três aspectos; em relação às pessoas jurídicas políticas, a distribuição de competência consta da Constituição Federal; em relação aos órgãos e servidores, encontra-se nas leis. Pode-se, portanto, definir competência como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.” IN “*Direito Administrativo*”, Atlas, São Paulo, 28ª edição, 2015, p. 246.

<sup>7</sup> “É que a Administração exerce uma função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem,

tido, vê-se que, por força de sua competência, a União tem o dever-poder de prestar os serviços de energia elétrica a todos, podendo apenas decidir fazê-lo diretamente ou por meio de delegações a agentes privados.

Ao abrir a geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica à participação de milhares de agentes privados, a União transferiu a esses agentes um conjunto de obrigações e responsabilidades (estabelecidas previamente em Lei, regulamentos, editais e nos respectivos contratos de concessão e atos de outorga).

Contudo, por força do art. 21 da Constituição e do princípio da legalidade, todas as obrigações, responsabilidades e deveres que não tiverem sido expressamente transferidos aos agentes (na medida de sua respectiva outorga) ou estarão com outros agentes (também na medida de sua respectiva outorga) ou, subsidiariamente, continuam a ser de competência e responsabilidade da União.

Nesse sentido, a nosso ver, avaliar os efeitos que as decisões judiciais podem causar (como prevê o Enunciado) significará (i) primeiro, identificar se o fato ou efeito apontado pelo autor da ação encontra-se sob seu próprio risco/responsabilidade, e, caso não esteja (ii) identificar se o fato ou efeito era um risco ou responsabilidade de outro agente (contraparte na ação, claro) ou (iii) se, subsidiariamente, havia remanescido com a própria União (dado não ter sido expressamente delegado a ninguém).

---

necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto ao seu cargo. Onde, quem os titulariza maneja, na verdade, 'deveres-poderes', no interesse alheio. Quem exerce 'função administrativa' está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: da coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida dispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como 'poderes' ou 'poderes-deveres'. Antes se qualificam e melhor se designam como 'deveres-poderes', pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações" IN *Curso de Direito Administrativo*, 33. ed., São Paulo, Malheiros, 2016, pp. 72-73.





# A competência do CADE sobre atos de agências reguladoras: *análise de caso na revenda de combustíveis*<sup>1</sup>

*Carolina Saito*<sup>2</sup>

*Leonor Cordovil*<sup>3</sup>

*Luiz Guilherme Ros*<sup>4</sup>

## 1. Introdução

O presente artigo analisará a relação entre regulação e concorrência, em especial quanto à possibilidade de a autoridade antitruste julgar os efeitos anticoncorrenciais decorrentes de uma norma reguladora. Questionar-se-á os limites que a autoridade antitruste deve respeitar quando da análise de normas elaboradas por agências reguladoras.

Para tanto, o presente trabalho partirá da análise de uma investigação ocorrida em 2007, no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), na qual se examinava norma editada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP).

---

<sup>1</sup> A versão original desse artigo foi publicada em “Interface entre regulação e concorrência na cadeia produtiva do petróleo: análise de julgados do CADE”, Editora Migalhas, 2017.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Econômico na Universidade de São Paulo. Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>3</sup> Advogada. Doutora em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo e em Direito Internacional Econômico pela Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Sócia do escritório Grinberg e Cordovil Advogados, em São Paulo.

<sup>4</sup> Advogado. Mestrando em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Graduado em direito pela Universidade de Brasília.

## 2. O Procedimento Administrativo n. 08012.012495/2007-77

Trata-se de Procedimento Administrativo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), após provocação do Ministério Público Federal do Estado de Pernambuco, para investigar se a edição da Resolução n. 07/2007 pela ANP instigava a formação de cartel no mercado e, em consequência, representava uma violação à ordem econômica. Em outras palavras, o Procedimento buscava averiguar se a própria ANP praticou, ao editar a norma, uma infração concorrencial.

Referida resolução impôs fidelidade aos postos revendedores de combustíveis em relação à distribuidora com a mesma bandeira, quando da aquisição de combustíveis automotivos. Em sua denúncia ao SBDC, o Ministério Público Federal do Estado de Pernambuco alegou que a prática ilícita decorreria da imposição de fidelidade, pois tal determinação restringiu a comercialização de combustíveis a postos e distribuidoras de uma mesma bandeira, o que prejudicaria a livre concorrência.

As autoridades do SBDC concluíram que a resolução emitida pela ANP teria refletido o poder que a agência reguladora dispõe para regular o setor econômico, não se vislumbrando, do ponto de vista concorrencial, prática de infração à ordem econômica. A ANP alegou que a resolução melhoraria o ambiente concorrencial, pois eliminaria assimetria e as práticas de concorrência desleal, fazendo com que a competição nesse mercado ocorresse por meio de condições isonômicas.

Ao longo da instrução e da decisão do SBDC, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), citando sua jurisprudência pacífica, mencionou que o setor de combustíveis é marcado pela tendência de preços iguais e pela transparência, por ter como objeto um produto homogêneo, com custos semelhantes para os agentes de mercado, além da determinação regulatória. Assim, o fato de preços estarem convergindo não seria suficiente para caracterizar indícios de cartelização.

A Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade) ponderou que a ANP não abusou do seu poder regulamentar, concedido por meio da Lei Federal n. 9.478/1997, e que a Resolução n. 07/2007 não gerou efeitos concorrenciais nocivos ao mercado de revenda de combustíveis. Concluiu-se que os efeitos da referida resolução seriam pró-competitivos, pois a fidelização facilitaria a identificação dos fornecedores e auxiliaria o poder de fiscalização e a defesa dos direitos dos consumidores.

O SBDC não questionou a possibilidade de a autoridade antitruste analisar o mérito de uma resolução da ANP, como agência detentora de poder regulamentar sobre o mercado econômico que é de sua responsabilidade. A

SDE, inclusive, destacou que a denúncia seria alcançável pelos dispositivos da lei antitruste.

### 3. Histórico da Relação entre Regulação e Concorrência

O cenário da intervenção do Estado na economia brasileira após a década de 90 é o resultado de várias transformações institucionais, políticas, econômicas, organizacionais e tecnológicas ocorridas durante as décadas que a antecederam<sup>5</sup>. A forma com que o Estado brasileiro se organiza hoje, ou seja, em que a intervenção direta na economia é vista como exceção pelo art. 174 da Constituição Federal, é uma decorrência dos arranjos anteriores.

O primeiro destes acontecimentos é, sem dúvida alguma, o colapso das diretrizes de Bretton Woods<sup>6</sup> e o Consenso de Washington. No início da década de 90, os Estados iniciariam debates acerca de um novo modelo de desenvolvimento, no qual o Estado não deveria ser mais o condutor do sistema, ganhando o mercado nova posição e responsabilidade. A experiência anterior mostrava que o excesso de sua participação era um significativo obstáculo a um mercado saudável. A dívida pública elevada, a carga tributária inibidora a investimentos privados, o excesso de controles e a falta de recursos demonstravam visivelmente a necessidade de um reposicionamento. Surgiram rodadas de discussão acaloradas em torno de um novo direito administrativo público, que, segundo David Trubek<sup>7</sup>, alinhava-se sobre os pontos: a proteção aos direitos econômicos individuais e a desregulamentação econômica e maior confiança nas transações privadas.

Segundo Mario Schapiro e David Trubek<sup>8</sup>, a agenda de reformas econômicas impingiu que as empresas estatais, antes setor produtivo no contexto

---

<sup>5</sup> Sobre esse processo de alteração de intervenção estatal salienta SANTOS PINTO (2010) *o processo reformista verificado na década de 90 é baseado em dois vetores: a redução drástica, feita no bojo dos processos de desestatização, da intervenção estatal direta sobre importantes setores da economia; o forte crescimento da intervenção estatal indireta, mediante regulação estatal autônoma da economia; o forte crescimento da intervenção estatal indireta, mediante regulação estatal autônoma da economia e fortalecimento dos mecanismos de controle normativo e o contratual da atuação dos agentes econômicos. Optando, portanto, pelo modelo de regulação para concorrência, em que não envolve afastar a regulação, mas equilibrar a promoção da concorrência com outras pautas regulatória, que por vezes envolvem o condicionamento desta última, chamadas medidas pró-ativas e medidas preventivas ou reativas a restrições à concorrência.*

<sup>6</sup> Bretton Woods é o nome dado a um conjunto de acordos entre 45 países em 1944. O objetivo primordial era alinhar a política econômica mundial. As moedas dos países membros passariam a ter correlação com o dólar, variando em mais ou menos 1%. A moeda americana seria a moeda forte do sistema financeiro mundial. Foram criados o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial.

<sup>7</sup> TRUBEK (2006), p. 6.

<sup>8</sup> SCHAPIRO, TRUBEK (2012), p. 36.

desenvolvimentista, fossem privatizadas. Os serviços públicos e atividades econômicas, antes executadas por agentes públicos, passaram ao comando de empresas privadas, em alguns casos, estrangeiras, reguladas indiretamente. Restou ao Estado o papel de fiador institucional. Agências reguladoras foram constituídas à semelhança das *Comissions* nos EUA, para garantir a atividade regulatória sem desdobramentos políticos. Os formuladores de políticas passaram a promover instituições padrão, aptas às mais diversas economias e sociedades (reformas *one size fits all*).

Passou-se a acreditar na existência de um Estado mínimo – o que nunca de fato aconteceu – que pudesse intervir em diferentes campos, protegendo a propriedade privada e as relações entre os particulares, garantindo os direitos individuais e promovendo a competitividade e o crescimento.<sup>9</sup>

José Eduardo Faria também atribui a reforma estatal ao avanço tecnológico verificado nesta época. Reduziram-se os custos de transporte e comunicações, deflagrando um período de reengenharia operacional, logística, técnica e acionária, levando as empresas a promover um grande número de associações, fusões, criação de holdings. As empresas começaram a buscar, em um cenário internacional, taxas de juros mais baixas, locais em que a pesquisa fosse adequada, a produção fosse garantida e a comercialização possível.<sup>10</sup>

O Brasil não poderia ficar distante deste contexto. Em 1988, a publicação da “Constituição Cidadã” adequou a legislação brasileira a estes novos propósitos, substituindo-se a anterior intervenção na economia pela intervenção sobre a economia.<sup>11</sup> A ordem econômica foi tratada a partir do art. 170, incluindo-se ali normas programáticas que permitissem ao legislador ordinário a competência para o desenvolvimento das matérias específicas e atribuindo-se o dinamismo esperado às normas de um direito de intervenção na ordem econômica.

---

<sup>9</sup> PEREIRA (1997), p. 12.

<sup>10</sup> FARIA (2002), p. 70.

<sup>11</sup> De acordo com GRAU (2007), a intervenção direta, ou na economia, pode ser feita ou por *absorção*, quando o Estado assume um determinado setor em regime de monopólio, como ocorria no setor petrolífero, ou por *participação*, quando o Estado atua no domínio econômico concorrendo com outros agentes. Nesta segunda forma, as empresas estatais coexistem com empresas privadas, concorrendo em igualdade de condições com estes agentes privados. A intervenção estatal de forma indireta, ou sobre a economia, pauta-se por dois vetores, a *direção* e a *indução*. No primeiro caso, o Estado edita normas compulsórias para que todos os agentes do mercado a obedeçam, não havendo espaço para os agentes atuarem livremente, de modo que, ou o agente econômico cumpre a norma, ou a descumpra. Dentre essas normas, podem ser citadas as disposições oriundas de agências reguladoras e, também, a Lei Antitruste. Nota-se, por exemplo, que a Lei 8.884/1994 – antiga Lei de Defesa da Concorrência –, é fruto dessa mudança paradigmática, que culminou na alteração do modelo de intervenção do Estado na economia. No caso da indução, são criadas normas jurídicas que alteram os incentivos econômicos para que determinados atos sejam praticados. Pode-se citar, por exemplo, isenções tributárias, subsídios e outros.

A intervenção foi expressamente disposta nos arts. 173 e 174. No primeiro, ficou consagrado que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando imperativa à segurança nacional ou diante de relevante interesse coletivo. O segundo artigo completa o primeiro, dispondo que o Estado, como agente normativo e regulador, deve exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Como agente normativo, o Estado deve editar normas que confirmem a política econômica. Como agente regulador, ele pode fiscalizar, conformar os setores à política e planejar o desenvolvimento.

Interessante é dizer que o novo processo deveria observar o princípio da livre iniciativa, também comportado pela Constituição Econômica.<sup>12</sup> A livre iniciativa significa a possibilidade de o agente privado se lançar na atividade econômica sem a necessidade de autorização do Poder Público, a não ser em casos excepcionais, previstos em lei, e nos quais a autorização visa tão somente organizar o mercado e impedir abusos. Para Miguel Reale, a livre iniciativa é a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, assegurando não somente a livre escolha das profissões como também a eleição do processo mais adequado aos fins colimados.<sup>13</sup>

Iniciou-se, então, a chamada reforma administrativa, cuja principal meta era diminuir o espaço reservado à gestão direta do Estado em setores que podiam ser explorados pela iniciativa privada com mais êxito. Assistiu-se ao processo de venda das empresas estatais, sobretudo as atuantes na prestação de serviços públicos, causando a entrada de grande volume do capital estrangeiro no País.<sup>14</sup>

#### 4. O petróleo e a Emenda Constitucional 09/1995

A doutrina usualmente distingue dois tipos de monopólio: o natural e o legal. O monopólio natural ocorre em mercados nos quais o custo fixo de produção é tão alto e a infraestrutura de grande escala é extremamente necessária que se torna inviável a existência de competição para o fornecimento do bem ou serviço. Embora o conceito seja claro, seus exemplos mudam. Pode haver um monopólio natural em um determinado mercado em determinado tempo e este deixar de existir anos depois. Isso ocorre quando, por exemplo, surgem novas tecnologias que propiciam a redução dos custos de produção e incentivam

---

<sup>12</sup> *A Constituição Econômica é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização econômica e funcionamento da economia e constituem, por isso, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.* MOREIRA (1974), p. 125

<sup>13</sup> REALE (1990), p. 14.

<sup>14</sup> CORDOVIL (2005), p. 61.

a existência de mais de um fornecedor. O exemplo são as telecomunicações (alguns submercados) e o mercado ferroviário (que também comporta exceções). No último, por exemplo, pode haver demanda suficiente para comportar a duplicação de uma ferrovia.

Os setores que possuem características de monopólio natural apresentam custos irrecuperáveis bastante significativos e os ativos fixos não são facilmente transferidos para outras atividades. Além disso, um amplo espectro da população consome os serviços das *utilities*, o que confere alta politização ao setor.<sup>15</sup>

O monopólio legal ocorre em setores nos quais o Estado pretende fomentar a atuação do agente econômico ao investimento, garantindo-lhe que será o único prestador do serviço, ou em setores nos quais o Estado vê a sua atuação como fundamental para o desenvolvimento, mesmo que seja razoavelmente possível a existência de competição. Há quem veja a atividade de entregas no Brasil (Correios) como um bom exemplo, pois, inobstante a concorrência seja possível, o Estado prefere atribuí-lo a um prestador único.

A reforma administrativa permitida pela Constituição de 1988, vista no capítulo anterior, atingiu o setor energético. O art. 177 dispunha, em seu texto original, que constituía monopólio da União a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, a refinação de petróleo, a importação e exportação de produtos e derivados básicos e o transporte marítimo de petróleo bruto. A Emenda Constitucional 09/1995, dispôs que i) a União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades acima mencionadas e ii) deveria ser promulgada uma lei dispendo sobre as condições de contratação, bem como a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União.

Trata-se, nas palavras de Alexandre de Moraes, de uma nova concepção de monopólio, não mais relacionado à intervenção estatal no domínio econômico, com exclusividade nos meios de produção (intervenção por absorção), mas sim relacionado ao monopólio de escolha do Poder Público, que poderá optar entre a manutenção de pesquisa e lavra das jazidas por uma só empresa ou pela contratação de empresas estatais ou privadas.<sup>16</sup>

## 5. A Agência Nacional do Petróleo

A alteração institucional vivida no Brasil, tratada nos capítulos anteriores, ocasionou a criação de agências reguladoras<sup>17</sup> com competência de regular

---

<sup>15</sup> MELO (2000), p. 22.

<sup>16</sup> MORAIS (2001), p. 162.

<sup>17</sup> Com salienta AGUILLAR (2012), p. 227 “O advento das Agências Reguladoras tem estreita conexão com as transformações do Estado Contemporâneo. São instrumentos de controle estatal de atividades econômicas que o Estado julgue importante regular. Surgiram como parte do processo de transformações

matéria setorial. Dentre estas competências, destacam-se a de conduzir políticas relacionadas ao setor, elaborar normas visando a formatação da atividade econômica sob sua responsabilidade, a orientação das atividades dos particulares nestes setores e a correção das falhas de mercado, por meio do incentivo à livre concorrência e da busca por um mercado saudável.

No caso da indústria do petróleo, o monopólio estatal previsto no art. 177 da Constituição Federal foi flexibilizado por meio da Emenda Constitucional 09/1995<sup>18</sup>. A União passou a ser autorizada a contratar com empresas estatais e privadas para a realização das atividades deste setor, desde que observadas as condições estabelecidas em lei.

Para tanto, foi editada a Lei n. 9.478/1997, dispondo sobre a política energética nacional e atividades relativas ao monopólio do petróleo. Também estabeleceu princípios a serem seguidos pelas políticas nacionais, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a ANP<sup>19</sup>. Posteriormente, foi publicado o Decreto n. 2.455/1998, implantando a ANP, com a finalidade de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria petrolífera.<sup>20</sup>

Além dessas competências, o Legislativo delegou à ANP poder para elaboração de normas jurídicas sobre as atividades econômicas da indústria do petróleo – poder normativo. A permissão para agências reguladoras atuarem na elaboração de normas já foi vista como uma afronta à tripartição de poderes, pois, predominantemente, o Legislativo estaria incumbido da função de elaborar normas.

Contudo, já está pacificado na doutrina<sup>21</sup> que, desde que previsto na lei que as instituiu, essas agências têm competência para elaborar normas jurídicas que serão

---

*contemporâneas do papel estatal, que passou de uma postura de concentração regulatória operacional para uma concentração regulatória normativa.”*

<sup>18</sup> Nota-se que o monopólio da Petrobrás foi, de certa forma, flexibilizado em 1975, quando o então Presidente Geisel permitiu a exploração de petróleo por empresas privadas mediante contratos de risco. Esses contratos de risco são semelhantes aos contratos de concessão, de modo que se fosse encontrado petróleo, o Estado dividiria as receitas com as empresas. Contudo, tal flexibilização não trouxe grandes retornos de capital ao Brasil, haja vista que as empresas privadas não investiram tanto na indústria petrolífera brasileira.

<sup>19</sup> Art. 7º. Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia.

<sup>20</sup> Lei 9.478/1997, Art. 8º. A ANP terá como finalidade, promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, cabendo-lhe (...). Decreto 2.455/1998. Art. 2º. A ANP tem por finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, de acordo com o estabelecimento na legislação, nas diretrizes emanadas do Conselho Nacional de Política Energética – CNPE e em conformidade com os interesses do País.

<sup>21</sup> Exemplos são CARVALHO FILHO (2012), DI PIETRO (2009) e MENDES (2011).

de observância obrigatória para as empresas atuantes no setor, independentemente de serem públicas ou privadas, desde que não inovem na ordem jurídica.<sup>22</sup> Isso significa que as agências devem observar os limites da lei que as criou – no caso da ANP, Lei n. 9.478/1997 e Decreto n. 2.455/1998 – e a própria Constituição Federal.

As leis de referência que dão poder às agências reguladoras tendem a ser marcadas pela vagueza e abstração<sup>23</sup>, conferindo a elas um amplo espaço de atuação normativa, sendo, portanto, autoridades responsáveis pela elaboração de normas técnicas – ou regulamentação técnica nos dizeres de Carvalho Filho<sup>24</sup>. Isso se dá pela dificuldade de definição apriorística do conteúdo do direito setorial e pela dificuldade de uma lei com conceitos estanques acompanhar o desenvolvimento do setor sob responsabilidade da autarquia.

## 6. A livre concorrência e o poder regulamentar da ANP

A livre concorrência, prevista com um dos princípios da ordem econômica do art. 170, é um desdobramento do princípio da livre iniciativa. Ela deve ser vista como um poder-dever atribuído ao Estado para manter as condições que viabilizem uma concorrência sadia entre os agentes econômicos, em prol do desenvolvimento nacional e do interesse público. A livre concorrência é o “livre jogo das forças de mercado, na disputa da clientela, e supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal”.<sup>25</sup>

Por essa razão, a legislação referente ao setor petrolífero reforçou a necessidade de observância deste princípio, de modo que, ao exercer o poder regulamentar, a ANP deve promovê-lo.<sup>26</sup> O preceito constitucional

<sup>22</sup> Nessa linha se posiciona DI PIETRO (2009), p. 473 in verbis: “Com relação à ANATEL e à ANP, pode-se reconhecer a sua função normativa mais ampla, porque se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores. No entanto, não se pode entender que esses órgãos exerçam função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar na ordem jurídica, pois isto contraria o princípio da separação dos poderes e a norma inserida entre os direitos fundamentais, no artigo 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. (...) Além disso, as matérias que podem ser objeto de regulamentação são única e exclusivamente as que dizem respeito aos respectivos contratos de concessão, observados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei. Não pode invadir matéria de competência do legislador.”

<sup>23</sup> CARVALHO FILHO (2012), p. 55.

<sup>24</sup> CARVALHO FILHO (2012), p. 57. “Trata-se de modelo atual do exercício do poder regulamentar, cuja característica básica não é simplesmente a de complementar a lei através de normas de conteúdo organizacional, mas sim de criar normas técnicas não contidas na lei, proporcionando, em consequência, inovação no ordenamento jurídico. (...) Exemplos dessa forma especial do poder regulamentar têm sido encontrados nas instituições de algumas agências reguladoras, entidades autárquicas às quais o legislador tem delegado a função de criar as normas técnicas relativas a seus objetivos institucionais.”

<sup>25</sup> GRAU (2007), p. 209.

<sup>26</sup> Conforme estabelece o art. 1º da Lei 9.478/1997 c/c arts. 3º, IV, e 14 do Decreto 2.455/1998. Art. 1º. As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes



de livre concorrência deve ser, além de um norte, um objetivo para as regulamentações da ANP.

Nesse cenário, sempre que uma norma esteja em processo de elaboração pela ANP, e visando promover um maior debate sobre suas consequências, ela deve ser precedida de audiência pública<sup>27</sup>, o que permite aos membros do SBDC, e primordialmente à Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae)<sup>28</sup>, participar da sua elaboração, analisando e opinando sobre os possíveis impactos anticoncorrenciais decorrentes do ato normativo.

A maioria dos países tem vislumbrado a necessidade de as agências governamentais conversarem entre si, considerando suas respectivas competências para a elaboração das políticas públicas, de modo que, por um lado, nenhuma delas se sobreponha ou crie estímulos comerciais diversos. Por outro lado, a comunicação entre as agências é fundamental para a criação e manutenção da concorrência em setores regulados.

No setor petrolífero não pode ser diferente. É primordial que essas autarquias estejam sempre em contato, como de fato vem ocorrendo. Nota-se que

---

*objetivos: (...) IX – promover a livre concorrência. Art. 3º. Na execução de suas atividades, a ANP observará os seguintes princípios: (...) IV – regulação pautada na livre concorrência, na objetividade, na praticidade, na transparência, na ausência de duplicidade, na consistência e no atendimento das necessidades dos consumidores e usuários; (...) Art. 14. A ANP regulará as atividades da indústria do petróleo e a distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool combustíveis, no sentido de preservar o interesse nacional, estimular a livre concorrência e a apropriação justa dos benefícios auferidos pelos agentes econômicos do setor, pela sociedade, pelos consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo.*

<sup>27</sup> Conforme prevê o art. 19 da Lei 9.478/1997. Art. 19. *As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.*

<sup>28</sup> Art. 19 da Lei 12.529/2011. Art. 19. *Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: I - opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; II - opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; III - opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; IV - elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; V - elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento; VI - propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País; VII - manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos; VIII - encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.*

a Seae, nos últimos anos, por meio dos Pareceres Analíticos sobre Regras Regulatórias, manifestou-se diversas vezes<sup>29</sup> sob o potencial impacto concorrencial de regulamentos expedidos, ou a serem expedidos, por agências reguladoras. Verifica-se, assim, uma clara atuação preventiva da Seae, por meio da advocacia da concorrência, de modo a impedir que normas da ANP, assim como de outras agências, possam incitar comportamentos anticompetitivos, ou facilitá-los.

Mesmo existindo para evitar a emissão de normas eivadas de ilegalidades, é possível que a agência reguladora exceda os limites de seu poder regulamentar, criando normas com caráter anticompetitivo. Estas devem ser extirpadas do mundo jurídico, de forma a impedir o comportamento ilegal dos agentes regulados, de modo a preservar a livre concorrência.

## 7. Regulação da ANP com efeitos concorrenciais

Caso um ato normativo da ANP resulte em efeitos anticoncorrenciais, é necessário analisar os limites que o Cade dispõe para intervir. O Tribunal do Cade<sup>30</sup> é competente para requisitar das demais autoridades medidas necessárias para o cumprimento da lei de defesa da concorrência (Lei n. 12.529/2011), a qual tem como objetivo a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.<sup>31</sup> Dentre essas medidas, caberia ao Cade requerer alteração de atos normativos que gerem, ou tenham potencial para gerar, efeitos anticompetitivos. Não parece razoável entender que esta competência legal conferida ao Cade seria estendida à análise de atos normativos em abstrato, como regulamentações expedidas pela ANP ou outras agências reguladoras.

A lei de defesa da concorrência conferiu ao Cade a competência para analisar práticas anticoncorrenciais, ou seja, reprimir ações ou omissões que tenham aptidão para gerar efeitos deletérios ao mercado.<sup>32</sup> A análise do Cade sobre norma em abstrato configuraria usurpação de competência, pois atos

<sup>29</sup> Em 23 de maio de 2015 a Seae já havia elaborado 78 pareceres acerca do impacto dessas normas no ano de 2015, conforme a última visita realizada ao site: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/manifestacoes-sobre-regras-regulatorias/2015>.

<sup>30</sup> Art. 9º, Lei 12.529/2011. *Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: (...)VIII - requisitar dos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; (...)*

<sup>31</sup> *Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.*

<sup>32</sup> Nota-se que tanto o artigo 2o da Lei 12.529/2011, quanto o artigo 36, ao se referir a competência para reprimir infrações a ordem econômica, alude sobre práticas e atos que tenham aptidão para produzir efeitos anticompetitivos.

normativos de agências reguladoras não são passíveis de revisão sequer pela Administração Pública Direta, haja vista o não cabimento de recurso hierárquico impróprio para sua revisão. O ato normativo tem caráter terminativo, só podendo ser retirado do ordenamento jurídico de duas formas, ou pela atuação do Judiciário, ou pela atuação do Senado Federal.

Em relação a essa última forma, pode o Poder Legislativo sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa a eles atribuída, conforme preconiza o art. 49, V, da Constituição Federal. Nessa linha importante a elucidação de Carvalho Filho<sup>33</sup> sobre o tema:

*Ao editar as leis, o Poder Legislativo nem sempre possibilita que sejam elas executadas. Cumpre, então, à Administração, criar os mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade. Essa é a base do poder regulamentar. Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois, a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação.(...) Cuida-se, como se pode observar, de controle exercido pelo Legislativo sobre o Executivo no que diz respeito aos limites do poder regulamentar, com o objetivo de ser preservada a função legislativa para o Poder constitucionalmente competente para exercê-la.*

Quanto à atuação do Poder Judiciário, um ato normativo expedido por agências reguladoras com caráter anticompetitivo viola, diretamente, o princípio constitucional da livre concorrência, sendo possível a sua revisão e exclusão do ordenamento jurídico por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo em vista ser o ato normativo autônomo em relação à lei de referência e por violar diretamente a Constituição, o que é corroborado pela jurisprudência atual<sup>34</sup> do Supremo Tribunal Federal.<sup>35</sup>

---

Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às **práticas cometidas** no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. (...) Art. 36. 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. (grifo nosso).

<sup>33</sup> CARVALHO FILHO (2012), p. 55 e 59.

<sup>34</sup> Anteriormente, o Supremo Tribunal Federal entendia que tais atos normativos não eram autônomas, de modo que subsidiariamente utilizava-se de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para o controle desses atos.

<sup>35</sup> ADI n. 1.396-3, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo STF n. 117/98). Precedente ADI n. 1590-SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Nesse sentido CARVALHO FILHO (2012) menciona que “Se o ato regulamentar, todavia, ofender diretamente a Constituição, sem que haja lei a

Apesar de ser possível este controle, não está o Cade legitimado a propor tal ação, tendo em vista o rol taxativo de legitimados previsto no art. 103 da Carta Magna.<sup>36</sup> Verificando a existência de atos normativos contrários aos ditames da lei de defesa da concorrência, poderá o Cade requerer aos legitimados que impetrem a referida medida para cessação dos seus efeitos.

A impossibilidade de atuação do Cade em relação às normas em abstrato, porém, não pode ser interpretada como concessão de imunidade antitruste às agências reguladoras. A lei de defesa da concorrência é aplicável também às pessoas jurídicas de direito público, conforme preconiza seu art. 31. Agências reguladoras poderiam ser investigadas pelo Cade por promover ou incentivar ação concentrada entre os agentes do mercado, por exemplo, ao sediar reuniões entre concorrentes, nas quais são celebrados acordos anticompetitivos. Nestes casos, o Cade deveria imputar aos diretores da agência a prática de incitação ao conluio, por convocarem a reunião, enquanto as empresas que atuam no mercado deveriam ser responsabilizadas pela prática de cartel.

As demais práticas anticompetitivas analisadas pelo Cade não poderiam ser realizadas por uma agência reguladora, tendo em vista que apenas agentes que atuam nos mercados podem realizá-los, como, por exemplo, fazer parte de um cartel ou impor uma relação de exclusividade que fecha o acesso de outras empresas ao mercado. Apesar desses mecanismos, até o momento da declaração de inconstitucionalidade ou a sustação do ato pelo Legislativo, salvo a concessão de medida cautelar, os atos normativos estarão em vigor e são capazes de produzir efeitos, de modo que os agentes do setor são obrigados a darem efetividade à norma, ou seja, durante algum período, praticarão atos que podem ser considerados como lesivos à concorrência, mesmo que potencialmente. Questiona-se, assim, a possibilidade de punição, pelo Cade, das empresas públicas e privadas que estejam dando efetividade a um ato normativo da ANP com potencial anticompetitivo.

Vislumbram-se duas situações distintas. A primeira é a existência de uma única interpretação ao ato normativo que, obrigatoriamente, produ-

---

*que deva subordinar-se, terá a qualificação de ato autônomo e, nessa hipótese, poderá sofrer controle de constitucionalidade pela via direta, ou seja, através da ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, "a", CF), medida que permite a impugnação de leis ou atos normativos que contrariem a Constituição. Sendo assim, para que seja viável o controle de constitucionalidade de decreto, regulamento ou outro tipo de ato administrativo de cunho normativo editado pelo Executivo (o que, na verdade, não seria propriamente forma de exercício do poder regulamentar), dois serão os aspectos que deva revestir o ato: além de normativo (como exige a Constituição), deverá ele ser autônomo." p. 59.*

<sup>36</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

zirá efeitos deletérios ao mercado. A segunda diz respeito à possibilidade de mais de uma interpretação, e que apenas uma delas tenha aptidão de lesar o mercado.

Em relação à primeira, se inexistir outra interpretação do ato normativo, não é razoável que o Cade puna a empresa que lhe esteja dando efetividade. Por se tratar de ato normativo referente a um setor regulado, o cumprimento deste ato expedido pela agência setorial é obrigatório, não sendo facultado ao administrado imiscuir-se de dar-lhe efetividade sob a argumentação do seu potencial anticompetitivo. Eventual punição do Cade consistiria em afronta ao princípio da segurança jurídica.

Assim, qualquer atuação do Cade no sentido de punir as empresas que apenas estejam seguindo ato normativo, é desarrazoado, ferindo o art. 37 da Constituição Federal. Caso contrário, a atuação do Cade criará instabilidade no setor regulado, pois seus agentes não mais saberão se devem ou não cumprir os atos normativos da agência reguladora, tendo em vista a possibilidade de serem punidos pela autoridade antitruste, ao fazê-lo.

Contudo, em havendo mais de uma interpretação para o ato normativo, na qual apenas uma delas resulte em efeitos anticompetitivos, torna-se possível a atuação repressiva da autoridade antitruste. Apesar de estarem sob o crivo da norma reguladora, as empresas devem prezar pelo princípio da livre concorrência, respeitando a lei antitruste quando existir interpretação que com ela coadune. Nesse caso, em havendo inobservância da interpretação favorável à aplicabilidade do princípio da livre concorrência, tem o Cade competência para investigar e condenar a conduta desviante.

Situação hipotética seria a criação de ato normativo da ANP determinando que os revendedores de combustíveis poderiam trocar informações com seus fornecedores para definição do preço do produto. Tal troca de informações, a princípio, auxiliaria a definição de preço mais adequado para cada revendedor, considerando as diferenças regionais. Contudo, tal norma não poderia ser interpretada no sentido de que os fornecedores estariam autorizados a fixar o preço de revenda dos produtos comercializados. Assim, caso a segunda interpretação fosse colocada em prática, seriam os agentes do mercado passíveis de sofrerem investigação pelo Cade.

Nota-se, contudo, que não se quer colocar todo o ônus interpretativo no administrado, sendo-lhe facultada a possibilidade de obter da autoridade antitruste um posicionamento acerca da ilegalidade do cumprimento do ato normativo oriundo da ANP. A Lei n. 12.529/2011 e a Resolução n. 12/2015 permitiram ao agente privado, em caso de incerteza, obter da autoridade antitruste, por meio de Consulta, entendimento acerca da ilegalidade de determinada prática, como o cumprimento de um ato normativo, haja vista o enorme potencial que esse meio possui como mecanismo de tutela preventiva de mercados.

## Conclusão

Um procedimento administrativo instaurado pelo SBDC, concluído sem manifestação do Cade sobre sua competência para julgar norma de agência reguladora, foi a motivação para este artigo. A ANP, por meio da Resolução n. 07/2007, extinguiu a competição entre revendedores de combustível em relação a diferentes distribuidores. A partir dela, um posto só pode revender o produto de um determinado fornecedor. Limitou-se, assim, as opções ao consumidor, pois um posto só vende uma marca. Por outro lado, como esclareceu a agência, passou a se ter melhor controle (monitoramento) e maior transparência.

Seria esta norma passível de análise pelo Cade? Poderia a autoridade concorrencial julgar a agência reguladora ou condenar o administrado que a segue? A resposta é negativa no que se refere ao julgamento do ato normativo em si. Um ato regulador é um ato de intervenção do Estado sobre a economia, faz parte da política econômica definida no texto constitucional, no caso na Constituição Econômica. Tal competência é exclusiva dos tribunais superiores, a quem cabe definir, por meio de ação própria, a conformidade da norma reguladora com a norma magna que lhe é superior. É do Supremo Tribunal Federal – e não do Tribunal do Cade – a missão de ler tal norma e definir sua coerência no sistema que prevê a livre concorrência como princípio norteador da ordem econômica.

Contudo, caso exista mais de uma interpretação a respeito do ato normativo da agência reguladora, deverá o administrado optar por aquela que não viole a lei de defesa da concorrência, sob o risco de ser investigado pelo Cade. Em caso de dúvidas, dispõe o administrado de mecanismos de consulta à autoridade antitruste para esclarecer a ilegalidade da prática que deseja adotar.

## Bibliografia

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas. 3ª edição. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Apontamentos sobre as agências reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (org.). *Agências reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL, Procedimento Administrativo n. 08012.012495/2007-77.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas. 25ª edição. 2012.

CORDOVIL, Leonor. *A Intervenção Estatal nas Telecomunicações – a visão do Direito Econômico*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo. Malheiros. 12a edição. 2007.
- GOMES, Carlos Jacques Vieira. *O marco regulatório da prospecção de petróleo no Brasil: o Regime de concessão e o contrato de partilha de produção*. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/id/1055/4/596555.pdf> .
- MELO, Marcus André. *Política Regulatória: uma revisão da literatura*. Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais BIB, Rio de Janeiro, n. 50, 2º semestre de 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva. 6ª edição. 2011.
- MORAIS, Alexandre de. *Regime jurídico da concessão para exploração de petróleo e gás natural*. Revista de Direito Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 36, jul. 2001.
- MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica*. Coimbra, 2 ed., 1974.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.
- REALE, Miguel. *Aplicações da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- SANTOS PINTO, Joelma Sílvia. *A Regulação do Estado no Campo Econômico: Breve Introdução ao Direito da Concorrência*. In MOREIRA, Egon Bockmann. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *Direito Concorrencial e Regulação Econômica*. Editora Fórum. Belo Horizonte. (2010)
- SCHAPIRO, Mario; TRUBEK, David. *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TRUBEK, David. *The new law and economic development: a critical appraisal*. Nova York: Cambridge University Press, 2006.







## Lista de autores

*Alexandre Veronese*  
*Beatriz Kira*  
*Bernardo Tinôco de Lima Horta*  
*Carlos Ragazzo*  
*Carolina Saito*  
*Clara da Mota Santos Pimenta Alves*  
*Cristiano Rodrigo Del Debbio*  
*Diogo R. Coutinho*  
*Durval Carneiro Neto*  
*Fabiano Ricardo Luz de Brito*  
*Fabio Luiz de Oliveira Bezerra*  
*Fernando Tonding Etges*  
*Gabriel Nogueira Dias*  
*Isabela Ferrari*  
*Jean-Paul Veiga da Rocha*  
*Leonor Cordovil*  
*Luiz Guilherme Ros*  
*Marcelo Cunha*  
*Marcelo Lelis de Aguiar*  
*Maricí Giannico*  
*Oscar Valente Cardoso*  
*Pedro Felipe de Oliveira Santos*  
*Ricardo Villas Bôas Cuevas*  
*Tiago Bitencourt De David*



Este livro foi impresso em papel Off-set 75g,  
com tipografias Bembo Std e Source Sans Pro.