

COMÉRCIO INTERNACIONAL E CONCORRÊNCIA

Desafios e Perspectivas atuais
Volume VI (2024)

Organização: Amanda Athayde, Camila Monferrari,
Roney Olimpo e Vivian Ianelli



Autores:

Ana Vitória Bokos
Aylon Estrela Neto
Bárbara De'Carli Cauhy
Carlos Henrique Sousa Dias
Gabriel Joaquim
Isabelle Ruiz Guero
Julia Fiori Gradia Lima
Luane Silva Nascimento
Luiza Peixoto Veiga
Priscila Honório Evangelista
Maria Eduarda Hajja Milki
Rafaela Valentina Ferreira
Ronan Rodrigo dos Santos
Sâmella Ferreira Gonçalves
Sofia de Medeiros Vergara
Valquíria Ferreira de Faria
Vívian Santos Marques

Organizado por:
Amanda Athayde
Camila Monferrari Oliveira
Roney Olimpio
Vívian Ianelli

Comércio Internacional e
Concorrência
Desafios e Perspectivas Atuais
Volume VI (2024)

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Brasília

2024

A865c	Athayde, Amanda; Oliveira, Camila Monferrari; Olimpio, Roney; Ianelli, Vivian (org.). Comércio Internacional e Concorrência: desafios e perspectivas atuais – Volume VI / Athayde, Amanda; Oliveira, Camila Monferrari; Olimpio, Roney; Ianelli, Vivian (org.) – Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2024. 317 p. ISBN: 978-85-8799-17-7 1. Comércio internacional. 2. Defesa da concorrência. 3. Interface entre comércio internacional e concorrência.	CDD 346.07
2024		CDU 347.7

Organizado por:

Amanda Athayde

Camila Monferrari Oliveira

Roney Olimpio

Vívian Ianelli

Diagramação e edição: Camila Monferrari Oliveira e Roney Olimpio

Revisão: Amanda Athayde

Capa: Amanda Athayde

Sumário

SOBRE ORGANIZADORES.....	7
SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES.....	8
INTERFACES E INTERDISCIPLINARIDADES: CONTRIBUIÇÕES ÀS DISCUSSÕES COMPLEMENTARES DE COMÉRCIO INTERNACIONAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA	11
<i>Camila Monferrari, Roney Olimpio e Vivian Ianelli.....</i>	<i>11</i>
PARTE 1 – TÓPICOS ESPECIAIS EM COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	18
1. DUMPING SOCIAL COMO “CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DE MERCADO” EM PROCESSOS DE DEFESA COMERCIAL	19
<i>Ana Vitória Bokos.....</i>	<i>19</i>
2. O DESENVOLVIMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PROTEÇÃO DA MORALIDADE PÚBLICA COMO HIPÓTESE DE EXCEÇÃO A ADESÃO DE ACORDOS COMERCIAIS DA OMC.....	33
<i>Aylon Estrela Neto.....</i>	<i>33</i>
3. PROTECIONISMO VERDE: O CASO DO REGULAMENTO ANTI- DESMATAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA.....	56
<i>Gabriel Joaquim.....</i>	<i>56</i>
4. OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19, DAS TENSÕES GEOPOLÍTICAS E PREOCUPAÇÕES COM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NAS CADEIAS GLOBAIS DE VALOR: DESAFIOS, PERSPECTIVAS E TENDÊNCIAS.....	76
<i>Isabelle Ruiz Guero.....</i>	<i>76</i>
5. DUE DILIGENCE NO COMÉRCIO INTERNACIONAL: o Programa OEA como modelo de autorregulação eficiente	96
<i>Julia Fiori Gradia Lima.....</i>	<i>96</i>
6. EMPRESAS ESTATAIS: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE CONCEITOS DE ENTES MULTILATERAIS E UNILATERAIS.....	119
<i>Maria Eduarda Hajjar Milki.....</i>	<i>119</i>
7. A COMPATIBILIDADE DO NORMATIVO SISTEMA DE AUTORREGULAÇÃO BANCÁRIA – SARB 026/2023 COM O REGULAMENTO UNIÃO EUROPEIA (EU) 2023/1115	137
<i>Valquíria Ferreira de Faria.....</i>	<i>137</i>

PARTE 2 – TÓPICOS ESPECIAIS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	160
8. AS PALAVRAS TÊM PODER: ANÁLISE DAS DECLARAÇÕES PÚBLICAS COMO CONDUTA ANTICOMPETITIVA NA PRÁTICA DO CADE ...	161
<i>Bárbara De' Carli Cauhy.....</i>	<i>161</i>
9. ANÁLISE DO CONCEITO DE ATIVO PARA FINS DE ANÁLISE DE ATO DE CONCENTRAÇÃO PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E O SEU IMPACTO NO MERCADO DE TRANSFERÊNCIAS DO FUTEBOL 193	
<i>Carlos Henrique Sousa Dias e Ronan Rodrigo dos Santos</i>	<i>193</i>
10. SUSTENTABILIDADE E CONCORRÊNCIA: A economia circular como instrumento limitador de condutas anticompetitivas?.....	212
<i>Luiza Peixoto Veiga e Sâmella Ferreira Gonçalves</i>	<i>212</i>
11. ANÁLISE EMPÍRICA DE MEDIDAS PREVENTIVAS APLICADAS PELO CADE: A NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO ENTRE ANTITRUSTE E REGULAÇÃO	244
<i>Priscila Honório Evangelista e Vívian Santos Marques Severino</i>	<i>244</i>
12. LIGANDO OS PONTOS DO ANTITRUSTE: ALGORITMOS E SEUS POTENCIAIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS	269
<i>Sofia de Medeiros Vergara.....</i>	<i>269</i>
13. ACQUI-HIRING COMO FORMA DE SUPERAR CLÁUSULAS NON COMPETE NO MERCADO DE TRABALHO E A CORRIDA PELA BUSCA DE TALENTOS	293
<i>Luane Silva Nascimento e Rafaela Valentina Ferreira Braga.....</i>	<i>293</i>

SOBRE ORGANIZADORES

Amanda Athayde é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrência, Compliance e Comércio Internacional. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora e organizadora de livros, autora, também, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. Entre 2019 e abril de 2022, foi Subsecretária de Defesa e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Entre 2017 e 2019, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Como Analista de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), atuou em 2013 na fase inicial de negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). Cofundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Idealizadora e entrevistadora do podcast Direito Empresarial Café com Leite.

Camila Monferrari Oliveira é mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Assessora no Ofício do Ministério Público Federal junto ao CADE (MPF/CADE).

Roney Olimpio é Graduando em Direito (UnB) e em Comércio Exterior (UNIASSELVI), com experiência e interesse em direito internacional, empresarial e comercial. É Pesquisador Voluntário selecionado no Edital ProIc 2021/2022, com o tema de pesquisa voltado à tutela do direito à proteção de dados como um direito humano na perspectiva internacional.

Vívian Salomão Ianelli é mestranda e graduada em Direito na UnB e advogada atuante na área de direito concorrencial.

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

Ana Vitória Bokos é advogada em Comércio Internacional, graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e em Administração na Universidade de Brasília (UnB).

Aylon Estrela Neto é graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2013), pós-graduado em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (2016), especialização em Direito Digital pelo Insper (2017) e Master of Law em Direito Empresarial pelo Ceu Law School (2023). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Empresarial e Digital.

Bárbara De'Carli Cauhy é Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - Uniceub (2021). Advogada associada ao escritório Hadmann & Dutra. Secretária-Geral da Comissão de Defesa da Concorrência da OAB/DF (2022-2024).

Carlos Henrique Sousa Dias é advogado, LLM em Direito Societário e Mercado de Capitais pelo IBMEC – Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais.

Gabriel Joaquim é Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP) e diplomata desde 2022. Atualmente, está lotado na Secretaria de Clima, Energia e Meio Ambiente (SECLIMA) do Ministério das Relações Exteriores (MRE).

Isabelle Ruiz Guero é advogada, atuando na área de Comércio Internacional, pós-graduanda em Direito Internacional, com ênfase em Comércio Internacional, pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Julia Fiori Gradia Lima é advogada e aluna Especial da Disciplina de Comércio Internacional e Concorrência do PPGD da Universidade de Brasília. Mestranda em Direito Econômico e do Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC Master – *Combined Degree*). Graduada em Direito pela PUCPR.

Luane Silva Nascimento é Advogada e Professora Universitária. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Anápolis-GO. Possui capacitação em Gestão de Negócios e de Pessoas (Management) obtida pela "Ohio University - College of Business". Árbitra Cível e Empresarial. Gestora de contratos.

Luiza Peixoto Veiga é advogada no Frazão Advogados e Associados (Brasília). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura de Brasília-DF. Mestranda pela Universidade de Brasília.

Priscila Honório Evangelista é doutoranda em Economia Aplicada na UnB, mestre em Economia do Setor Público pela mesma instituição e graduada em Ciências Econômicas pela UNICAMP. É especialista em regulação na Anatel, onde, atualmente, ocupa a função de Gerente de Acompanhamento Econômico na Superintendência de Competição.

Maria Eduarda Hajja Milki é Pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas, São Paulo (FGV-SP) e *visiting student* na University of California, Berkeley (UC Berkeley). Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Advogada na área de comércio internacional e membro do Women Inside Trade (WIT).

Rafaela Valentina Ferreira é graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Advogada. Membro da comissão de direito regulatório da OAB-DF.

Ronan Rodrigo dos Santos é advogado, graduado em Direito pelo IESB e pós-graduando em Direito Empresarial pela FGV – Fundação Getúlio Vargas.

Sâmella Ferreira Gonçalves é advogada no escritório Bento Muniz (Brasília). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil, Direito Digital e Direito Administrativo com ênfase em Processo Sancionador. Membro do Women in Antitrust (WIA) Juniors e membro do Women Inside Trade (WIT) Starter. Gerente de redes sociais do Woman in Antitrust (WIA). Membro e Pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisa sobre a Lei Geral de Proteção de Dados (Observatório da

LGPD), do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (Gecem) e do Grupo de Estudos de Direito e Economia (GEDE).

Sofia de Medeiros Vergara é Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). É advogada em Horta e Bachur Advogados, Gerente da Competição WIA-CADE da Rede Woman In Antitrust (WIA), membro da Woman in Inside Trade Starters (WIT Starters) e do Observatório de LGPD da UnB

Valquíria Ferreira de Faria é Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Gerais e pós-graduada em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Analista Administrativo e Legal na Abertta Saúde do Grupo ArcelorMittal.

Vívian Santos Marques é graduada em Direito pela UPIS. É Chefe de Gabinete do Ministério Público Federal junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

INTERFACES E INTERDISCIPLINARIDADES: CONTRIBUIÇÕES ÀS DISCUSSÕES COMPLEMENTARES DE COMÉRCIO INTERNACIONAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*Camila Monferrari
Roney Olimpio
Vivian Ianelli*

Não há desenvolvimento se não houver comércio. Desde 2005, um relatório elaborado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, sigla em inglês) já apontava o papel vital cumprido pelo comércio para o desempenho econômico e social das nações¹. Contudo, o comércio - por si e unicamente - não alcança o desenvolvimento de um país ou de uma economia de forma consequente e lógica, já que, para atuar como motor do desenvolvimento, é preciso que o comércio seja capaz de ampliar as condições de escolha dos cidadãos, proporcionando-lhe o maior bem estar possível².

Nesse ínterim, quando se fala em comércio, fala-se em relações. Como ensina Forgioni³, seria um equívoco analisar o mercado como desligado dos seus agentes econômicos, já que, em verdade, o mercado seria um emaranhado dessas relações. Para os dias atuais, essas relações encontram facetas diversas, sendo protagonizadas por agentes tão diversos quanto, incluindo, principalmente, os consumidores, as empresas e os Estados. Nesse contexto, o curso de Comércio Internacional e Concorrência buscou abordar justamente essas relações durante o segundo semestre de 2023, principalmente diante do contínuo desenvolvimento dessas áreas, além do surgimento constante de desafios para os profissionais e acadêmicos que por elas se interessam. Com isso, foi possível abordar uma série de interdisciplinaridades, conexões, semelhanças e divergências entre a regulação da atividade comercial - seja pela perspectiva concorrencial, seja pela perspectiva do comércio internacional.

O início das atividades deu-se com a Aula Magna, que contou com a participação dos debatedores convidados Victor Oliveira Fernandes e Aluísio de Lima Campos, em que foram destacadas as principais novidades e expectativas para ambas as áreas. Em seguida, para cada aula do semestre, abordou-se um tópico diferente em seminários interativos, possibilitando a

¹ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO. Developing countries in international trade. Trade and Development Index, 2005. Disponível em: <https://unctad.org/system/files/official-document/ditctab20051ch1_en.pdf>. Acesso em 27 fev. 2024

² CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO, 2005, *op cit.*

³ FORGIONI, Paula. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

discussão de um único tema sob ambas as ópticas de defesa da concorrência e do comércio internacional.

O primeiro tema debatido foi o de Meio Ambiente e Sustentabilidade. Sem qualquer dúvida, a atenção das autoridades à defesa do meio ambiente e promoção da sustentabilidade tem impactado não apenas a atuação dos agentes econômicos, mas também suas decisões, prioridades e planejamentos. Dentre as obras discutidas, destaca-se, relatórios produzidos pela União Europeia (UE)⁴; Organização Mundial do Comércio (OMC)⁵; Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁶; e pelo Fórum Mundial Econômico (FME)⁷; além das obras de Edward Barbier⁸ e Lisa Sachs, *et al*⁹. Além da participação dos seminaristas, o debate também contou com a contribuição dos debatedores convidados Leonardo Rocha e Silva e Rodrigo Pupo.

Tais discussões sobre a preocupação com o meio ambiente e sustentabilidade pelos agentes econômicos resultaram nos artigos **Protecionismo verde: o caso do regulamento anti-desmatamento da União Europeia**, escrito por Gabriel Joaquim, e **Sustentabilidade e concorrência: a economia circular como instrumento limitador de condutas anticompetitivas?**, escrito por Luiza Peixoto Veiga e Sâmela Ferreira Gonçalves - Capítulo 3 e Capítulo 11, respectivamente.

Ato contínuo, abordou-se em um segundo debate as Interfaces entre Direito do Trabalho, Comércio Internacional e Concorrência. Com a participação dos debatedores convidados Ruth Manaus e Bruno Renzetti, foi possível pautar de que modo a defesa da

⁴ EU (2023). Regulation on Deforestation-free products. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32023R1115> e EU (2023). Sustainability agreements in agriculture – consultation on draft guidelines on antitrust exclusion. Draft Guidelines. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2023-sustainability-agreements-agriculture_en#consultation-documents

⁵ WTO (2022). World Trade Report 2022 - Climate change and international trade. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr22_e.htm.

⁶ OECD (2023). The nexus between illegal trade and environmental crime. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/the-nexus-between-illegal-trade-and-environmental-crime_8dae4616-en. e OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>

⁷ WORLD ECONOMIC FORUM - WEF (2022). Accelerating Decarbonization through Trade in Climate Goods and Services. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_Accelerating_Decarbonization_through_Trade_2022.pdf

⁸ BARBIER, Edward et al. Deforestation: the role of the international trade in tropical timber. In: The causes of tropical deforestation. Routledge, 2023. p. 271-297. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781003428190-22/deforestation-r%C3%B4le-international-trade-tropical-timber-edward-barbier-joanne-burgess-josh-bishop-bruce-aylward>

⁹ HEATN, Denise; HANAWALT, Cynthia; SACHS, Lisa (2023). Report Antitrust and Sustainability:A Landscape Analysis. Disponível em: <https://ccsi.columbia.edu/content/antitrust-and-sustainability-landscape-analysis>.

concorrência e as diretrizes do comércio internacional se alinham e impactam a atividade laboral e os direitos trabalhistas. Para participação no seminário, a preparação dos alunos envolveu a análise da biografia de Desiree Leclerc¹⁰, Ruth Botto¹¹ e David Berger¹², além de relatórios da *Federal Trade Commission* e da Organização Internacional do Trabalho¹³. Como fruto das discussões, surgiram os artigos **Dumping social como “condições específicas de mercado” em processos de defesa comercial**, redigido por Ana Vitória Bokos e **Acqui-hiring como forma de superar cláusulas *non-compet* no mercado de trabalho e a corrida pela busca de talentos**, redigido por Luane Silva Nascimento e Rafaela Valentina Ferreira Braga - Capítulo 1 e 6, respectivamente.

Em seguida, as discussões foram direcionadas para o tópico de Interfaces entre *Compliance*, *Due Diligence*, Comércio Internacional e Concorrência. De forma crítica, colocou-se em pauta as obras de Carlos Ragazzo¹⁴ e Mario Schapiro¹⁵, além de relatórios da OCDE¹⁶ e do Departamento de Comércio dos Estados Unidos¹⁷. As discussões promovidas pelo seminário, que contou com a contribuição dos debatedores convidados Adriana Dantas e Diogo Alves, levaram à reflexão de formas de autorregulação e implementação de programas de *compliance*, que culminaram nos artigos **Due Diligence no comércio internacional: o programa OEA como modelo de autorregulação eficiente**, escrito por Julia Fiori Gradia Lima e **A compatibilidade do normativo sistema de autorregulação bancária - SARB com**

¹⁰ LECLERQ, Desiree. A Worker-Centered Trade Policy. *Columbia Journal of Transnational Law*. 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4539027>

¹¹ BOTTO, Ruth. A (re) internacionalização do direito do trabalho através do comércio externo. <https://repositorio.ul.pt/handle/10451/58555>

¹² BERGER, David; *et all.* Merger Guidelines for the Labor Market. <https://www.nber.org/papers/w31147>

¹³ International Labour Office (ILO - Geneva). World Employment and Social Outlook | Trends 2023. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_865332.pdf.

¹⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Compliance concorrencial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato / Concorrencial completion: cost and benefit relations after Lava-Jato, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rqi.2018.33094>

¹⁵ SCHAPIRO, Mario Gomes e MARINHO, Sarah Morganna Matos. Compliance concorrencial: Cooperação regulatória na defesa da concorrência? 2019. Disponível em: https://disciplinas.usp.br/pluginfile.php/4548611/mod_resource/content/1/Compliance%20concorrencial%20-%20Cooperação%20regulatória%20na%20defesa%20da%20concorrência.pdf

¹⁶ OECD (2021). Competition compliance programmes. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf>. e OECD (2018). Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct. Disponível em: [Due Diligence - Organisation for Economic Co-operation and Development \(oecd.org\)](https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf)

¹⁷ US Department of Commerce (2023). Commerce Department Adds Five Chinese Entities to the Entity List for Participating in China's Campaign of Forced Labor Against Muslims in Xinjiang. Disponível em: <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2021/06/commerce-department-adds-five-chinese-entities-entity-list>.

o regulamento da União Europeia (EU) 2023/115, escrito por Valquíria Ferreira de Faria - Capítulos 5 e 8, respectivamente.

Com o fito de debater temas inovadores, pautou-se o tema de Interfaces entre Relações Comerciais, Comércio Internacional e Concorrência. Para tanto, as obras de Gary Gereffi¹⁸, Susan Lund¹⁹, Bruno Renzetti²⁰ e relatórios da UNCTAD²¹ e da OCDE²² foram fundamentais para a condução dos debates. Tais debates levaram a discussões quanto ao impacto de desdobramentos geopolíticos nas relações de comércio, que resultaram na escrita do artigo **Os efeitos da pandemia de Covid-19, das tensões geopolíticas e preocupações com desenvolvimento sustentável nas cadeias globais de valor: desafios, perspectivas e tendências**, escrito por Isabelle Ruiz Guero - Capítulo 4. Para chegar a tais conclusões, foi indispensável a contribuição dos debatedores convidados Vera Kanas e Fabiana Tito.

De maneira complementar, o tema pautado em seguida abordou as Interfaces entre Informações e Anúncios Públicos, Comércio Internacional e Concorrência. Logo, buscou-se compreender de que modo a publicidade - que é regra na administração pública - está entrelaçada e é impactada pela defesa da concorrência e pelas diretrizes do comércio internacional. Para tanto, analisou-se os estudos de Josefina Guedes e Rogério Pitta²³; bem como de Joseph Harrington²⁴ e relatório da OCDE²⁵. As contribuições dos debatedores convidados Carolina Monteiro e Luis Henrique Perroni foram fundamentais para enriquecer as discussões, que motivaram a escrita do artigo **As palavras têm poder: análise das declarações**

¹⁸ GEREFFI, Gary e FERNANDEZ-STARK, Karina. *Global Value Chain Analysis: A Primer*, 2nd Edition, 2016. Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/305719326_Global_Value_Chain_Analysis_A_Primer_2nd_Edition

¹⁹ LUND, Susan; *et all.* *Globalization in transition: The future of trade and value chains*, 2019. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/innovation-and-growth/globalization-in-transition-the-future-of-trade-and-value-chains>.

²⁰ RENZETTI, Bruno. *Atos de concentração conglomerados e ecossistemas digitais: Nova teoria para o controle de estruturas no Brasil*./Bruno Polonio Renzetti; orientador, José Marcelo Martins Proença - São Paulo, 2023. 247.

²¹ UNCTAD, *Global Supply Chains: Trade and Economic Policies for Developing Countries*, 2013. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/itcdtab56_en.pdf.

²² OECD, *Global supply chains at work: A tale of three products to fight COVID-19*. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/07647bc5-en.pdf?expires=1691082535&id=id&accname=guest&checksum=57AF98DB92EEC559899B1AD53195E930>.

²³ GUEDES, Josefina e PITTA, Rogério. *Importância do sistema SISCORI na fiscalização das operações de comércio exterior*, 2022. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2022/07/12/importancia-do-sistema-siscori-na-fiscalizacao-das-operacoes-de-comercio-exterior/>

²⁴ HARRINGTON Jr, Joseph E., *Collusion in Plain Sight: Firms' Use of Public Announcements to Restrain Competition* (July 3, 2020). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3644714

²⁵ OECD, *Digital Trade Review of Brazil*, 2022, Chapter 3 "The economic impact of joining the Information Technology Agreement". Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/trade/digital-trade-review-of-brazil_0b046dfe-en#page6

públicas como conduta anticompetitiva na prática do Cade, escrito por Bárbara De'Carli Cauhy - Capítulo 9.

Em atenção aos desenvolvimentos recentes, principalmente quanto ao surgimento de novos produtos e novos desafios para as relações comerciais, o debate seguinte entrou no campo conflituoso da Interface entre Inteligência Artificial, Algoritmos, Comércio Internacional e Concorrência. Além da contribuição das debatedoras convidadas, Adriana Cardinali e Nadia Marucci, a bibliografia de Emily Jones²⁶ e Erik Brynjolfsson²⁷ e relatórios da OCDE²⁸ foram fundamentais para o enriquecimento dos debates. Tal discussão levou à redação dos artigos **O desenvolvimento da inteligência artificial e a proteção da moralidade pública como hipótese de exceção à adesão de acordos comerciais da OMC** e **Ligando os pontos do antitruste: algoritmos e seus potenciais efeitos anticompetitivos**, escritos respectivamente por Aylon Estrela Neto e Sofia de Medeiros Vergara - Capítulo 2 e Capítulo 13, respectivamente.

Ainda em atenção ao surgimento de novos produtos e de novas relações comerciais, foi colocado em pauta a Interface entre Mercados de Entretenimento e Esporte, Comércio Internacional e Concorrência. A bibliografia para a condução dos debates apresentou a contribuição teórica de Andreas Hatzigeorgiou²⁹; e de Oliver Budzinski e Arne Feddersen³⁰, além de relatórios da OCDE³¹ e casos analisados pelo Cade³², aliados à contribuição dos

²⁶ JONES, Emily. Digital disruption: artificial intelligence and international trade policy, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxrep/grac049>

²⁷ BRYNJOLFSSON, Erik, HUI, Xiang, and LIU, Meng. Does Machine Translation Affect International Trade? Evidence from a Large Digital Platform', 2018, Cambridge, MA, National Bureau of Economic Research. Disponível em: <https://doi.org/10.3386/w24917>.

²⁸ OECD, Artificial Intelligence and International Trade: Some Preliminary Implications, 2022. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/13212d3e-en.pdf?expires=1691082397&id=id&accname=guest&checksum=B655FB9552FA80B518270ECD4EE932A3>; e OECD (2023), Algorithmic Competition, OECD Competition Policy Roundtable Background Note. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf

²⁹ HATZIGEORGIOU, Andreas. Can Sports Promote Exports? The Role of Soccer Matches in International Trade, 2016. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.1515/gej-2015-0029/html?lang=en>

³⁰ BUDZINSKI, Oliver and FEDDERSEN, Arne. Should organizing premier-level European football be a monopoly? And who should run it? - An economists' perspective, 2022, Ilmenau Economics Discussion Papers, No. 166, Ilmenau University of Technology, Institute of Economics. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/264905/1/1817210270.pdf>.

³¹ OECD, Competition and Sports, 2023. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACCF\(2023\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACCF(2023)5/en/pdf) e OECD. Competition and professional sports. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-professional-sports-2023.pdf>

³² Cade. Nota Técnica nº 2/2022, Processo Administrativo 08700.002012/2021-26. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddbO4FM_rCrgyRxxMktPQTjghHutLfmjCQOj2yMtasBBBeOxAvK7McdGhBQOemPYkeGwT_Jj83RuDRnjTDIcAml79

debatedores convidados Allan Turano e Anna Binnoto. Como frutos desse debate, obteve-se o artigo **Análise do conceito de ativo para fins de análise de ato de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o seu impacto no mercado de transferências do futebol**, escrito por Carlos Henrique Sousa Dias e Ronan Rodrigo dos Santos - Capítulo 10. Em complemento às atividades do semestre, foi realizado o evento 1ª Jornada de Futebol e Empresa, que abordou as novidades postas para o Direito Empresarial no que diz respeito à relação entre o esporte e o comércio, tais como as apostas esportivas e o surgimento das Sociedades Anônimas de Futebol.

Por fim, as discussões do semestre finalizaram com o tópico de Interfaces entre Intervenção Estatal, Comércio Internacional e Concorrência. Com chave de ouro, o fechamento das discussões do semestre analisou as obras de Amanda Athayde, Henrique Monteiro e Júlia Marssola³³; Amanda Athayde, Cristianne Zarzur e Jackson Ferreira³⁴; e relatórios da OCDE³⁵. Como fruto dessas discussões, surgiram os artigos **Empresas estatais: análise comparativa entre conceitos de entes multilaterais e unilaterais**, escrito por Maria Eduarda Hajjar Milki e **Análise empírica de medidas preventivas aplicadas pelo Cade: a necessária harmonização entre antitruste e regulação**, escrita por Priscila Honório Evangelista e Vivian Santos Marques Severino.

³³ ATHAYDE, Amanda. MONTEIRO, Henrique. MARSSOLA, Julia. A busca pela definição de empresa estatal nos acordos da OMC. in. Comércio Internacional em foco 2020-2021. BMJ Consultores Associados. Florianópolis: Editora Secco, 2022. pp. 157-180.

³⁴ ATHAYDE, Amanda. ZARZUR, Cristianne. FERREIRA, Jackson. Medidas preventivas no antitruste: quando e como aplicar, à luz da experiência recente do Cade. Revista de Direito da Concorrência. Num. 11 (2023). p. 9-24.

³⁵ OECD (2023). An increasing role of state-owned enterprises in the global economy calls for better governance. Disponível em: <https://www.oecd-forum.org/posts/an-increasing-role-of-state-owned-enterprises-in-the-global-economy-calls-for-better-governance>, OECD (2023) Assessing and Communicating the Benefits of Competition Interventions. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/assessing-and-communicating-the-benefits-of-competition-interventions.htm>., OECD. Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264244160-en.pdf?expires=1707014484&id=id&accname=guest&checksum=C350FE36197DFF87637717566669E91F> e OECD. Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264244160-en.pdf?expires=1707014484&id=id&accname=guest&checksum=C350FE36197DFF87637717566669E91F>

**PARTE 1 – TÓPICOS ESPECIAIS EM COMÉRCIO
INTERNACIONAL**

1. DUMPING SOCIAL COMO “CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DE MERCADO” EM PROCESSOS DE DEFESA COMERCIAL

1. SOCIAL DUMPING AS “SPECIFIC MARKET CONDITIONS” IN COMMERCIAL DEFENSE PROCESSES

Ana Vitória Bokos

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Condições específicas de mercado e dumping social em processos de defesa comercial. 2.1. “Condições específicas de mercado” no Acordo Antidumping. 2.2. Dumping social como “condição específica de mercado”. 3. Aspectos práticos na avaliação de distorções no custo de produção. 3.1. O ônus probatório para alegar “condições específicas de mercado”. 3.2. Restrições na determinação da margem de dumping considerando o dumping social como ‘condição específica de mercado’. 4. Conclusão

RESUMO: O direito antidumping é determinado pela justa comparação entre o preço de exportação e o valor normal, que é usualmente o preço praticado no mercado interno do país exportador. No entanto, em situações específicas de mercado, pode-se argumentar que tais vendas não permitem uma comparação adequada, exigindo ajustes na determinação da margem de dumping. Recentemente, tem havido denúncias frequentes de dumping social nas relações trabalhistas, onde o descumprimento das leis é visto como uma estratégia para aumentar o lucro e obter vantagem competitiva. A presente pesquisa questiona se é possível considerar o dumping social como ‘condição específica de mercado’ em processos de investigação de dumping, e as implicações práticas no cálculo da margem de dumping. A análise incluirá uma avaliação do dumping social em procedimentos de defesa comercial, seguida pela discussão de aspectos práticos na avaliação de distorções no custo de produção causadas pelo dumping social.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio internacional. Antidumping. Relações trabalhistas.

ABSTRACT: The anti-dumping duty is determined by a fair comparison between the export price and the normal value, which is generally the price practiced in the domestic market of the exporting country. However, in specific market situations, it can be argued that such sales do not allow for a proper comparison, requiring adjustments in determining the dumping margin. There have been frequent reports of social dumping in labor relations, where non-compliance with laws is seen as a strategy to increase profit and gain a competitive advantage. The research questions whether it is possible to consider social dumping as 'specific market conditions' in anti-dumping investigations and the practical implications in calculating the dumping margin in this case. The analysis will include an evaluation of social dumping in trade defense procedures, followed by a discussion of practical aspects in assessing distortions in production costs caused by social dumping.

KEYWORDS: International trade. Antidumping. Labor relations.

1. INTRODUÇÃO

Processos de defesa comercial são instrumentos tomados em resposta a práticas desleais de comércio, visando assegurar uma competição justa entre produtores domésticos e estrangeiros.

Neste sentido, três instrumentos de defesa comercial podem ser utilizados: i) aplicação de direito antidumping, em casos de discriminação de preços, com vendas abaixo do valor normal de venda, ii) subsídios concedidos no país exportador, por meio da aplicação de medidas compensatórias, e iii) medidas de salvaguardas, em casos de aumento significativo/abrupto nas importações.³⁶

A prática de dumping, especialmente considerada no presente artigo, consiste na introdução de um produto no mercado doméstico, a preço inferior ao praticado nas vendas para o seu mercado interno,³⁷ isto é, quando um produto for exportado para outro país a um preço abaixo do preço praticado no próprio país de exportação.

O Acordo Antidumping da Organização Mundial do Comércio (doravante, Acordo antidumping) rege a aplicação de medidas antidumping pelos países membros da OMC.³⁸ No Brasil, os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas antidumping são regulamentados pelo Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013.

Neste sentido, medidas antidumping são remédios unilaterais impostos pelo governo do país importador, após uma investigação que determinar que o produto está, de fato, sendo objeto da prática de dumping e que suas vendas no país importador estão causando dano à indústria doméstica.

Em uma investigação antidumping, será realizada a justa comparação³⁹ entre o preço de exportação e o valor normal, considerado como o preço praticado no mercado interno do país

³⁶FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENAP. Diretoria de Desenvolvimento Profissional. Economia; Direito e Legislação: Defesa comercial. [recurso eletrônico] 1ª ed. Brasília, DF: ENAP, 2023. Disponível em: <https://www.escolavirtual.gov.br/curso/686>

³⁷ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais. Secretaria de Comércio Exterior. Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. Guia externo de investigações antidumping [recurso eletrônico] 3ª ed. Brasília, DF: SDCOM, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-ad-consolidado-final.pdf>

³⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC. Acordo Sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994 (doravante, Acordo Antidumping). Disponível em: <https://www.bing.com/ck/a?!&&p=f165da3256a39871JmldHM9MTcwMjU5ODQwMCZpZ3VpZD0yYWE2Njk4ZS03MGE5LTYxMmEtMTI2MS03YWYwNzE2NzYwZTEmaW5zaWQ9NTIxMQ&ptn=3&ver=2&hsh=3&fclid=2aa6698e-70a9-612a-1261-7af0716760e1&psq=anti-dumping+agreement&u=a1aHR0cHM6Ly93d3cud3RvLm9yZy9lbmdsaXNoL3Jlc19lL3B1Ym9yY2F0aW9uc19lL2FpMTdfZS9hbnRpX2R1bXBpbmdfZS5odG0&ntb=1>

³⁹ Acordo antidumping, artigo 2.5.

exportador. Com isso, é determinada a margem de dumping, utilizada como referência para a aplicação do direito antidumping, na forma de sobretaxa a ser paga ao país importador como meio de neutralizar os efeitos do dumping.

Essa comparação analisará as vendas efetivamente realizadas, no mesmo nível de comércio, durante o período objeto da investigação. São considerados, entre outros, fatores como as condições e os termos de venda, a tributação, os níveis de comércio, as quantidades, as características físicas e quaisquer outras diferenças que possam afetar a comparação de preços.⁴⁰

Entretanto, em casos que sejam verificadas “condições específicas de mercado” (“Particular Market Situation”) ou por motivo do baixo nível de vendas no mercado doméstico do país exportador, pode-se entender que tais vendas não permitam comparação adequada,⁴¹ exigindo ajustes na determinação da margem de dumping. É o que dispõe o Acordo antidumping.

As “condições específicas de mercado” podem ser entendidas com situações verificadas no país exportador que alterem o mercado e eventualmente ocasionem vantagem ao produtor do país exportador, quando forem verificadas situações no mercado que tornem as vendas inadequadas para utilização na determinação de um valor normal, uma vez que o preço não reflete um preço justo em condições normais de mercado.⁴²

Recentemente, tem sido frequente a denúncia do dumping social nas relações trabalhistas.⁴³ Este pode ser definido como o descumprimento da legislação como forma de aumentar o lucro e garantir uma vantagem sobre a concorrência. Neste sentido, o dumping social seria considerado uma prática desleal de comércio, no âmbito internacional, quando há a violação de regras trabalhistas que diminuam os custos de produção para produtos objetos de exportação.

Levando em consideração os conceitos apresentados, há um paralelo entre o dumping social e as “condições específicas de mercado”, em que a ausência de padrões trabalhistas pode ocasionar uma situação no mercado em que os preços de venda de um produto produzido em um país sejam considerados desleais aos demais produtores de países que contenham legislações trabalhistas mais rígidas.

⁴⁰ Acordo antidumping, artigo 2.5.

⁴¹ Acordo antidumping, artigo 2.2.

⁴² AUSTRÁLIA. Customs Act 1901 (Act): Section 269TAC.

⁴³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 209-221, jan./jun. 2015.

Em consequência, como objetivos principais do trabalho, almeja-se debater as problemáticas decorrentes da aplicação do conceito de dumping social em procedimentos de defesa comercial, particularmente processos de investigação de dumping.

Neste contexto, a pergunta de pesquisa desse artigo é a seguinte: é possível considerar o dumping social como “condições específicas de mercado” em investigações de dumping? A hipótese inicialmente fixada é de que, apesar de existir um aumento na preocupação envolvendo a utilização do mecanismo de dumping social no contexto das relações de trabalho, a proposta de utilizar este conceito como ‘condição específica de mercado’ vai de encontro com as obrigações estabelecidas pela OMC e traz implicações práticas para o cálculo da margem de dumping.

A fim de responder à pergunta de pesquisa e verificar a respectiva hipótese, será apresentado (1) uma análise do dumping social em um contexto de ‘condição específica de mercado’, em procedimentos de defesa comercial. Em sequência, serão abordados (2) aspectos práticos na avaliação de distorções no custo de produção pelo dumping social. Ao final, serão apresentadas as conclusões do trabalho.⁴⁴

2. “CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DE MERCADO” E DUMPING SOCIAL EM PROCESSOS DE DEFESA COMERCIAL

Como visto, os processos de defesa comercial, particularmente o processo de investigação de dumping, apresentam regras voltadas à definição da margem de dumping, utilizada para a aplicação do direito antidumping.

O Acordo Antidumping estabelece certo grau de discricção, em que a autoridade investigadora poderá determinar seus próprios critérios e metodologias de cálculo, delimitados pela normativa internacional e regulamentado pela normativa nacional.

Neste capítulo, serão analisados (1.1) o grau de discricionabilidade da autoridade investigadora, estabelecido pelo Acordo Antidumping em casos de “condições específicas de mercado”. Em sequência, será analisado (1.2) o dumping social em um contexto de ‘condição específica de mercado’.

⁴⁴ McCarthy, J., Minsky, M. L., Rochester, N., & Shannon, C. E. (2006). A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955. *AI Magazine*, 27(4), 12. Disponível em: <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904>. Acesso em 04 de dezembro de 2023.

2.1. A discrição para determinar “condições específicas de mercado” no Acordo Antidumping

A presente pesquisa tem o condão de analisar casos que sejam verificadas “condições específicas de mercado” (“Particular Market Situation”). Nestas situações, a autoridade investigadora tem discrição para a definição de que seriam verificadas tais “condições específicas de mercado”.

A determinação de uma ‘condição específica de mercado’, conforme disposto pelo Acordo antidumping, deve ser baseada na comparabilidade entre o preço de venda doméstico e o preço de exportação.

Uma ‘condição específica de mercado’, portanto, não deve ser considerada presente se uma distorção de preço afetou tanto o preço de exportação no país importador quanto o preço de venda no mercado doméstico do país exportador, de maneira equitativa.⁴⁵ Significa dizer que se os padrões trabalhistas afetam ambos os países de maneira equitativa, não há que se falar em ‘condição específica de mercado’.

Neste sentido, é possível alegar que a existência de intervenções governamentais por meio de regulamentação ou mesmo a assistência financeira, por si só, não constitui uma ‘condição específica de mercado’, visto que devem ser analisados seus impactos nos países em questão.

O debate envolvendo a aplicação do artigo 2 do acordo antidumping é antigo, e tomou maiores proporções em 2016, quando a suposição de economia não de mercado da China, permitida sob o Protocolo de Adesão da China à OMC, expirou.⁴⁶

Isso porque, até 11 de dezembro de 2016, por força do artigo Artigo 15(a)(ii) do referido Protocolo, a China, presumidamente, não era considerada país de economia de mercado para fins de defesa comercial.

Assim, se os produtores chineses investigados não demonstrassem que prevaleciam condições de economia de mercado no segmento produtivo objeto da investigação, a autoridade investigadora do país importador poderia utilizar metodologia alternativa para apurar o valor normal.

⁴⁵ ZHOU, Weihuan; PERCIVAL, Andrew Debunking the Myth of ‘Particular Market Situation’ In WTO Antidumping Law, *Journal of International Economic Law*, Volume 19, Issue 4, December 2016, Pages 863–892. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jiel/jgw071>

⁴⁶ LESMANA, Yu Yessi; KOESNAIDI, Joseph Wira, Particular Market Situation: A Newly Arising Problem or a New Stage in the Anti-Dumping Investigation? (September 27, 2019). *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 14, No. 2, pp. 405-421, September 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3460501>

Transcorridos 15 anos da data de acesso e após a expiração do Artigo 15(a)(ii), em 2016, deixou de existir a presunção de que a China seria país de não economia de mercado. Deste modo, a utilização de metodologia alternativa para apuração do valor normal da China deixou de ser “automática” e procedeu-se a uma alteração do ônus da prova sobre a prevalência de condições de economia de mercado.

Com isso, surgiu a preocupação de que as características do mercado Chinês passassem a ser consideradas como ‘condição específica de mercado’ de forma arbitrária em investigações de dumping,⁴⁷ visto que o Acordo antidumping atribui certo grau de discricionariedade à autoridade investigadora.

O debate envolvendo a caracterização de “condições específicas de mercado” voltou a tomar maior relevância quando o governo Australiano elaborou um Manual que prevê critérios para determinar se há uma ‘condição específica de mercado’ no caso concreto.⁴⁸

Em sequência, o Departamento de Comércio dos Estados Unidos da América iniciou consulta pública para obter comentários sobre a regulamentação da ‘Determinação da Existência de uma Situação de Mercado Específica que Distorce os Custos de Produção’, em 18 de novembro de 2022.⁴⁹ Foram apresentados 19 comentários, por agentes representando interesses públicos e privados.

Especificamente, o Departamento de Comércio iniciou consulta pública sobre três questões:

- (1) identificar informações que devem ser consideradas ao determinar se uma ‘condição específica de mercado’ existe e distorce os custos de produção, caso essas informações estejam razoavelmente disponíveis e sejam relevantes para a alegação de ‘condição específica de mercado’;
- (2) identificar informações que o Departamento de Comércio não deveria ser obrigado a considerar ao determinar se uma ‘condição específica de mercado’ existe, independentemente da alegação de ‘condição específica de mercado’; e
- (3) fornecer comentários sobre ajustes que o Departamento de Comércio pode fazer em seus cálculos quando determina a existência de uma ‘condição específica de

⁴⁷ ZHOU, Weihuan; PERCIVAL, Andrew Debunking the Myth of ‘Particular Market Situation’ In WTO Antidumping Law, *Journal of International Economic Law*, Volume 19, Issue 4, December 2016, Pages 863–892. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jiel/jgw071>

⁴⁸ LESMANA, Yu Yessi; KOESNAIDI, Joseph Wira, Particular Market Situation: A Newly Arising Problem or a New Stage in the Anti-Dumping Investigation? (September 27, 2019). *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 14, No. 2, pp. 405-421, September 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3460501>

⁴⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento do Comércio – Administração do Comércio Internacional. 19 CFR Part 351 [Docket No. 221115–0239] Advanced notice of proposed Rulemaking: Determining the Existence of a Particular Market Situation That Distorts Costs of Production. Disponível em: <https://www.regulations.gov/document/ITA-2022-0012-0001>

mercado’, mas o registro existente não permite a quantificação das distorções de custo.”⁵⁰ (tradução própria).

Ainda que a regulamentação esteja em fase de análise de consulta pública, causa preocupação que a determinação de uma ‘condição específica de mercado’ não seja considerada, a princípio, como residual e excepcional.

Isso porque, como alegado, a análise da ‘condição específica de mercado’ deve ser baseada na comparabilidade entre o preço de venda doméstico e o preço de exportação.

Ou seja, a ‘condição específica de mercado’ só pode ser adotada quando uma distorção significativa impede a comparação adequada entre um valor normal e um preço de exportação, isto é, de forma residual e excepcional.

Assim, a definição de ‘condição específica de mercado’ pela autoridade investigadora deve ser fundamentada em uma distorção tão significativa que seja suficiente para impedir comparações de preços adequadas.⁵¹

Caso sejam verificados efeitos insignificantes, a condição não pode distorcer os custos de produção a ponto de que a autoridade investigadora deixe de utilizar os dados de custos relatados pelas partes da investigação.

2.1. Dumping social como Condição Específica de Mercado

Como visto, uma ‘condição específica de mercado’ não deve ser considerada existente se uma suposta distorção de preço foi afetada de maneira equitativa a ambos os países, de modo que uma comparação adequada dos preços não seria impedida.⁵²

Além disso, não existe uma definição concreta⁵³ ou uma lista exaustiva dos tipos de circunstâncias consideradas “condições específicas de mercado”.

⁵⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento do Comércio – Administração do Comércio Internacional. 19 CFR Part 351 [Docket No. 221115–0239] Advanced notice of proposed Rulemaking: Determining the Existence of a Particular Market Situation That Distorts Costs of Production. Disponível em: <https://www.regulations.gov/document/ITA-2022-0012-0001>

⁵¹ CANADÁ. Government of Canada Comments on International Trade Administration Advanced Notice of Proposed Rulemaking: “Determining the Existence of a Particular Market Situation that Distorts Costs of Production”. Disponível em: <https://www.regulations.gov/document/ITA-2022-0012-0001/comment>

⁵² ZHOU, Weihuan; PERCIVAL, Andrew Debunking the Myth of ‘Particular Market Situation’ In WTO Antidumping Law, *Journal of International Economic Law*, Volume 19, Issue 4, December 2016, Pages 863–892. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jiel/jgw071>

⁵³ LESMANA, Yu Yessi; KOESNAIDI, Joseph Wira, Particular Market Situation: A Newly Arising Problem or a New Stage in the Anti-Dumping Investigation? (September 27, 2019). *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 14, No. 2, pp. 405-421, September 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3460501>

Pode-se entender, como distorção de preço por “condições específicas de mercado”, por exemplo, subsídios, predominância governamental entre os fornecedores de insumos, restrições de exportação, isenções de direitos antidumping devidos sobre insumos utilizados na produção de mercadorias exportadas, excesso de capacidade nos mercados de insumos, a falta de estabelecimento e cumprimento de padrões trabalhistas e ambientais, entre outras intervenções nos mercados.⁵⁴

O dumping social, objeto do presente artigo, seria visto, no contexto de “condições específicas de mercado”, como a falta de estabelecimento e cumprimento de padrões trabalhistas.⁵⁵

Assim, a falta de definição de normas trabalhistas por determinados governos, somado à ausência de exigibilidade de seu cumprimento, causariam o aumento do lucro e uma vantagem competitiva em comparação aos produtores localizados em países que apliquem normas trabalhistas mais rígidas e exijam seu cumprimento.

Significa dizer que um país exportador que tenha normas trabalhistas mais brandas, conseqüentemente, tenha custos que não refletem os custos no curso normal do comércio.⁵⁶ Ou seja, comparativamente, os custos de produção no país de legislação mais branda seria significativamente menor que aqueles do país importador que tenha normas trabalhistas mais rígidas.

Assim, é responsabilidade das autoridades investigadoras realizar a investigação de comparabilidade, antes de determinar se a alegada ‘condição específica de mercado’ impediria efetivamente a justa comparação.⁵⁷

Outro ponto de atenção é verificar se a distorção de preço ocasionada pela legislação trabalhista afetaria tanto os preços de venda do produto exportado no país importador quanto os preços no mercado doméstico do país exportador, de forma equiparada, em que a distorção de custos seria mínima.

⁵⁴ SCHAGRIN ASSOCIATES. Comments on Determining the Existence of a Particular Market Situation That Distorts the Costs of Production submitted on behalf of Schagrín Associates.

⁵⁵ CHOI, Hyeonjung; LEE, Soo-hyun, Using Modified Anti-Dumping Mechanisms for Sustainable Development: The Case of the Chinese Iron and Steel Industry. Asan Report, The Asan Institute for Policy Studies. Março de 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3662417>

⁵⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 209-221, jan./jun. 2015.

⁵⁷ ZHOU, Weihuan; PERCIVAL, Andrew Debunking the Myth of ‘Particular Market Situation’ In WTO Antidumping Law, *Journal of International Economic Law*, Volume 19, Issue 4, December 2016, Pages 863–892. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jiel/jgw071>

Ainda, como visto, a determinação da margem de dumping é realizada com base em metodologia que garanta a justa comparação. Por outro lado, ao realizar a comparação considerando-se o alegado dumping social, os efeitos da legislação trabalhista devem ser quantificados e analisados tanto no país importador quanto no país exportador, considerando-se, inclusive, efeitos de sanções e restrições à importação ocasionados pela própria legislação trabalhista. Tratam-se, portanto, de aspectos práticos na avaliação de distorções no custo de produção e na metodologia de determinação de margem de dumping considerando-se “condições específicas de mercado”.

3. ASPECTOS PRÁTICOS NA AVALIAÇÃO DE DISTORÇÕES NO CUSTO DE PRODUÇÃO

O presente capítulo passará à análise prática de situações em que sejam verificadas “condições específicas de mercado” e distorções de custos e preços.

Neste capítulo, serão analisados (2.1) o ônus probatório de “condições específicas de mercado” e (2.2) restrições na determinação da margem de dumping considerando o dumping social como ‘condição específica de mercado’.

3.1.O ônus probatório para alegar “condições específicas de mercado”

Via de regra, no processo de investigação de dumping, a parte que alega a existência de uma ‘condição de mercado específica’ tem o ônus de demonstrar que há uma justificativa razoável para tanto.⁵⁸ Este ônus pertence ao peticionário, que deverá substanciar suficientemente sua alegação, proporcionando argumentos para uma investigação mais aprofundada pela autoridade investigadora.

Por outro lado, de acordo com o acordo antidumping, “os custos deverão ser normalmente calculados com base em registros mantidos pelo exportador ou pelo produtor objeto de investigação”.⁵⁹ Ainda, as autoridades deverão levar em consideração todas as informações disponíveis,⁶⁰ inclusive aquelas fornecidas pelos produtores e exportadores no curso da investigação.

⁵⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Departamento do Comércio. Certain Steel Nails from the Republic of Korea: Final Results of Antidumping Duty Administrative Review; 2014- 2016, 83 Fed. Reg. 4,028. Jan. 29, 2018.

⁵⁹ Acordo antidumping, artigo 2.3.(b).

⁶⁰ Acordo antidumping, artigo 2.2.

Caso contrário, se as informações fornecidas pelo exportador ou pelo produtor não sejam validadas pela autoridade, poderá ser aplicada a regra de uso da melhor informação disponível,⁶¹ em que os dados de vendas e custos do produtor e do exportador não serão considerados para fins de determinação de margem de dumping.

Como visto, ainda que o ônus probatório seja inicialmente do peticionário, compete ao produtor e ao exportador a apresentação de informações referentes aos seus custos e às suas vendas destinadas a terceiros países, para fins de determinação da margem de dumping, mesmo em casos considerados “condições específicas de mercado”.

Além disso, cumpre destacar que a constatação de “condições específicas de mercado” requer que haja evidências de distorção real no custo de produção, não meramente teórica.⁶²

Tal distorção será avaliada, com base nos critérios de comparabilidade e de distorção mínima, no qual os efeitos da distorção devem ser significativos para serem consideradas as “condições específicas de mercado”.

3.2. Restrições na determinação da margem de dumping considerando o dumping social como ‘condição específica de mercado’

Por “condições específicas de mercado”, pode-se entender que as vendas não permitam uma comparação adequada, e o Acordo antidumping prevê que a margem de dumping será determinada por meio de comparação com o preço representativo do produto similar ao ser exportado para um terceiro país ou com o custo de produção no país de origem acrescido de custos administrativos, de comercialização e lucro.⁶³

O artigo 2 do Acordo Antidumping prevê um conjunto de descrições para o cálculo da margem de dumping, impactando significativamente no resultado das ações antidumping, a depender da metodologia de cálculo adotada pela autoridade investigadora.

Isso porque variados princípios contábeis podem ser usados para reconstruir o preço de exportação e o valor normal. Particularmente, na reconstrução do valor normal de um produto, a autoridade investigadora deve calcular o custo do produto com base nos registros mantidos pelos exportadores/produtores, com base em todas as evidências disponíveis nos autos.⁶⁴

⁶¹ Acordo antidumping, artigo 6.8.

⁶² CANADÁ. Government of Canada Comments on International Trade Administration Advanced Notice of Proposed Rulemaking: “Determining the Existence of a Particular Market Situation that Distorts Costs of Production”. Disponível em: <https://www.regulations.gov/document/ITA-2022-0012-0001/comment>

⁶³ Acordo antidumping, artigo 2.2.

⁶⁴ Acordo antidumping, artigo 2.2.1.1.

Neste contexto, é necessária a alocação de custos administrativos, de venda e gerais e da margem de lucro ao produto. O Acordo antidumping estabelece, tão somente, que os custos devem ser alocados com base em ‘dados reais referentes à produção e venda’⁶⁵, sem estabelecer, contudo, a metodologia de cálculo que deve ser considerada.

Existe a preocupação de que este princípio crie oportunidades para que o exportador ou produtor, validados pela autoridade investigadora, usem princípios contábeis para manipular o custo do produto.⁶⁶

No caso do dumping social, relacionado à ausência de padrões trabalhistas ou de exigência de seu cumprimento em determinados países, a análise precisa considerar os impactos quantitativos nos custos de produção. Isso porque a análise deve considerar os efeitos das normas trabalhistas nos custos de produção tanto no país exportador, quanto no país importador, para fins de justa comparabilidade. Outro desafio é a quantificação de referidos efeitos, para fins de determinação de margem de dumping.

Em sequência, devem ser analisados os efeitos indiretos da legislação trabalhista no comércio internacional, como as restrições de importação e de exportação em virtude de normas trabalhistas, a adoção de sanções direcionadas a países e a empresas, entre outros.

Por fim, após a comparação dos efeitos das normas trabalhistas no país exportador e no país importador, seja quantitativa ou não, a condição específica de mercado poderá ser adotada no caso concreto somente se a autoridade investigadora concluir que os impactos nos custos de produção e comercialização sejam significativos a ponto de afetar a comparabilidade.

Em conclusão, a distorção de preço deverá, assim, considerar: 1) os efeitos quantitativos das normas trabalhistas nos custos de produção no país exportador, comparado às normas trabalhistas no país importador; 2) os efeitos das restrições de importação e de exportação em virtude de normas trabalhistas; e 3) a conclusão de que os impactos nos custos de produção e comercialização sejam significativos a ponto de afetar a comparabilidade.

Levando em consideração o nível de dificuldade para aplicar a metodologia indicada, o próprio Departamento de Comércio dos Estados Unidos da América reconheceu e solicitou comentários quando a análise dos dados disponíveis no processo não permite a quantificação

⁶⁵ Acordo antidumping, artigo 2.3.(c).

⁶⁶ SENG, Cheaseth; SENG, Samreth, *Dumping Determination Discretions Analysis: Through Lenses of Relevant Accounting Principles*. 5 de outubro de 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1482992>

das distorções de custo.⁶⁷ Não há, no entanto, solução efetiva para estes casos, restando pendente o posicionamento do departamento nesta questão.

Neste sentido, mesmo que a autoridade eventualmente entenda haver efeitos significativos decorrentes de padrões trabalhistas que distorçam o custo de produção e o preço de venda, o ônus probatório e a complexidade da quantificação dos referidos efeitos restringem sua consideração na determinação da margem de dumping.

4. CONCLUSÃO

Em conclusão, a análise sobre o dumping social no contexto das investigações de defesa comercial revela uma interseção complexa entre considerações trabalhistas e econômicas. A pergunta central sobre se o dumping social pode ser considerado uma 'condição específica de mercado' suscita importantes implicações práticas e legais.

Ao examinar a possibilidade de enquadrar o dumping social como uma 'condição específica de mercado', é crucial notar que intervenções governamentais e a falta de regulamentação em questões trabalhistas não, por si só, é suficiente.

É necessária, portanto, a comparabilidade entre o preço de venda doméstico e o preço de exportação, antes de determinar se a alegada 'condição específica de mercado' impediria a justa comparação.

A discussão torna-se ainda mais relevante considerando a solicitação recente de comentários acerca da Determinação da Existência de uma Situação de Mercado Específica que Distorce os Custos de Produção pelo Departamento de Comércio dos Estados Unidos.

A caracterização de “condições específicas de mercado” exige uma distorção de custos significativa que prejudique a comparação justa entre valor normal e preço de exportação, sendo uma medida de caráter residual e excepcional.

Como visto, a distorção de preço deverá considerar os efeitos quantitativos das normas trabalhistas nos custos de produção no país exportador e no país importador, e os efeitos das restrições de importação e de exportação em virtude de normas trabalhistas. Desta forma, os impactos nos custos de produção e comercialização devem ser considerados significativos.

⁶⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento do Comércio – Administração do Comércio Internacional. 19 CFR Part 351 [Docket No. 221115–0239] Advanced notice of proposed Rulemaking: Determining the Existence of a Particular Market Situation That Distorts Costs of Production. Disponível em: <https://www.regulations.gov/document/ITA-2022-0012-0001>

Então, a autoridade poderá considerar as “condições específicas de mercado” para determinação da margem de dumping.

Assim, a responsabilidade recai sobre as autoridades investigadoras para conduzir uma análise aprofundada da comparabilidade, garantindo que a alegada ‘condição específica de mercado’ seja justificada.

Como conclusão, percebe-se uma detalhada e complexa metodologia que deve ser considerada pela autoridade investigadora antes de se considerar o dumping social como “condições específicas de mercado” em investigações de dumping. Destaca-se a dificuldade na quantificação dos efeitos distorcidos a serem analisados.

Desta forma, entende-se como confirmada hipótese inicialmente fixada, visto que, ainda que se possa considerar o dumping social como ‘condição específica de mercado’ em investigações de dumping, as implicações práticas para o cálculo da margem de dumping são complexas a ponto de inviabilizar a análise, especialmente em termos quantitativos.

REFERÊNCIAS

AUSTRÁLIA. Customs Act 1901 (Act): Section 269TAC.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria, Comércio e Serviços. Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais. Secretaria de Comércio Exterior. Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Guia externo de investigações antidumping** [recurso eletrônico] 3ª ed. Brasília, DF: SDCOM, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-ad-consolidado-final.pdf>

CANADÁ. **Government of Canada Comments on International Trade Administration Advanced Notice of Proposed Rulemaking: “Determining the Existence of a Particular Market Situation that Distorts Costs of Production”**. Disponível em: <https://www.regulations.gov/document/ITA-2022-0012-0001/comment>

CHOI, Hyeonjung; LEE, Soo-hyun, Using Modified Anti-Dumping Mechanisms for Sustainable Development: The Case of the Chinese Iron and Steel Industry. **Asan Report, The Asan Institute for Policy Studies**. Março de 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3662417>

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – Departamento do Comércio. **Certain Steel Nails from the Republic of Korea: Final Results of Antidumping Duty Administrative Review; 2014- 2016**, 83 Fed. Reg. 4,028. Jan. 29, 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento do Comércio – Administração do Comércio Internacional. 19 CFR Part 351 [Docket No. 221115–0239] **Advanced notice of proposed Rulemaking: Determining the Existence of a Particular Market Situation That**

Distorts Costs of Production. Disponível em: <https://www.regulations.gov/document/ITA-2022-0012-0001>

FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENAP. Diretoria de Desenvolvimento Profissional. Economia; Direito e Legislação: **Defesa comercial**. [recurso eletrônico] 1ª ed. Brasília, DF: ENAP, 2023. Disponível em: <https://www.escolavirtual.gov.br/curso/686>

LESMANA, Yu Yessi; KOESNAIDI, Joseph Wira, Particular Market Situation: A Newly Arising Problem or a New Stage in the Anti-Dumping Investigation? (September 27, 2019). Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy, Vol. 14, No. 2, pp. 405-421, September 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3460501>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO – OMC. Acordo Sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1994 (doravante, Acordo Antidumping). Disponível em: <https://www.bing.com/ck/a?!&&p=f165da3256a39871JmltdHM9MTcwMjU5ODQwMCZpZ3VpZD0yYWE2Njk4ZS03MGE5LTYxMmEtMTI2MS03YWYwNzE2NzYwZTEmaW5zaWQ9NTIxMQ&pntn=3&ver=2&hsh=3&fclid=2aa6698e-70a9-612a-1261-7af0716760e1&psq=anti-dumping+agreement&u=a1aHR0cHM6Ly93d3cud3RvLm9yZy9lbmdsaXNoL3Jlc19lL3B1YmxpY2F0aW9uc19lL2FpMTdfZS9hbnRpX2R1bXBpbmdfZS5odG0&ntb=1>

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O dumping social nas relações de trabalho: formas de combate. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 60, n. 91, p. 209-221, jan./jun. 2015.

SCHAGRIN ASSOCIATES. Comments on Determining the Existence of a Particular Market Situation That Distorts the Costs of Production submitted on behalf of Schagrin Associates.

SENG, Cheaseth; SENG, Samreth, Dumping Determination Discretions Analysis: Through Lenses of Relevant Accounting Principles. 5 de outubro de 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1482992>

ZHOU, Weihuan; PERCIVAL, Andrew Debunking the Myth of ‘Particular Market Situation’ In WTO Antidumping Law, *Journal of International Economic Law*, Volume 19, Issue 4, December 2016, Pages 863–892. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jiel/jgw071>

2. O DESENVOLVIMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E A PROTEÇÃO DA MORALIDADE PÚBLICA COMO HIPÓTESE DE EXCEÇÃO A ADESÃO DE ACORDOS COMERCIAIS DA OMC.

2. THE DEVELOPMENT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE PROTECTION OF PUBLIC MORALITY AS A HYPOTHESIS OF EXCEPTION TO ACCESSION OF WTO TRADE AGREEMENTS.

Aylon Estrela Neto

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito jurídico de Inteligência Artificial: uma análise Contextual. 3. 1. Acordos Comerciais da OMC e suas exceções para não aderência pelos Estados-Membros. 4. A Proteção da moralidade pública e o desenvolvimento da inteligência artificial. 5. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo tem como seu objetivo mapear o iminente desafio que a inteligência artificial tem enfrentado em seu exponencial desenvolvimento e rápida disseminação em escala global, e em paralelo, analisar a específica hipótese em que Estados-membro em defesa da proteção à moralidade pública de sua sociedade, pode declinar acordos comerciais da OMC, levando em consideração o processo de concepção e desenvolvimento dos sistemas de inteligência artificiais.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio internacional. Inteligência artificial. Acordos comerciais. Organização Mundial do Comércio.

ABSTRACT: This article aims to map the imminent challenge that artificial intelligence has faced in its exponential development and rapid dissemination on a global scale, and in parallel, analyze the specific hypothesis in which member states in defense of the protection of public morality of their society, may decline WTO trade agreements, taking into account the process of designing and developing artificial intelligence systems.

KEY-WORDS: International trade. Artificial intelligence. Commercial agreement. World Trade Organization.

1. INTRODUÇÃO

A busca pela igualdade de gênero é uma das principais pautas na atualidade, contudo, Em um contexto de crescente desenvolvimento tecnológico, de uma quantidade de dados sem precedentes em uma época de hiperconectividade e de um expressivo progresso nos algoritmos, a inteligência artificial (IA) ganhou novos contornos na última década, principalmente na perspectiva global.⁶⁸

O advento da inteligência artificial promete não apenas gerar uma nova revolução industrial, como também significativas transformações econômicas, sociais e políticas, em especial quando analisada sob o ponto de vista internacional, considerando que tem reduzido drasticamente a distância entre os países (cerca de 37,3%), tornando o mundo significativamente menor e mais conectado.

No entanto, com as eminentes mudanças em curso, surgem novos desafios para o comércio internacional e a preservação da moral pública nas sociedades que aderem produtos com sistemas de inteligência artificial derivados de outros países, é uma delas. Considerando o eterno desafio da inteligência artificial em fazer com que computadores realizem tarefas tipicamente da mente humana⁶⁹, essa característica carrega consigo dificuldades.

Partindo do pressuposto que a inteligência artificial é o conjunto de dados programados por humanos e seu vieses para formação de algoritmos e quando organizados em mecanismo de adesão *ex ante*, formam um processo decisório e com ele, novas preocupações emergem, como a possibilidade de dispensa de acordos comerciais no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), por Estados-membro da organização.

Neste sentido, indaga-se, se o desenvolvimento da inteligência artificial, mesmo com os vieses humanos, quando analisado sob o ponto de vista da OMC, podem ser compreendidos como hipótese de dispensa de acordos comerciais para fins de proteção da moralidade pública de um Estado-membro.

Na presente análise, é tratado no Capítulo 1, considerações da inteligência artificial, desde os seus primeiros sinais na história contemporânea, para melhor compreensão de seu conceito no cenário multilateral de países. Já no Capítulo 2, é apresentado o surgimento da

⁶⁸ McCarthy, J., Minsky, M. L., Rochester, N., & Shannon, C. E. (2006). A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence, August 31, 1955. AI Magazine, 27(4), 12. Disponível em: <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904>. Acesso em 04 de dezembro de 2023.

⁶⁹ BODEN, Margareth A. AI: its nature and future. Oxford: Oxford University Press, 2016.

OMC como órgão regulador do comércio internacional, bem como os princípios que constituem bases normativas e as exceções gerais, que a partir de restritas circunstâncias, permitem o não cumprimento das regras desse sistema. O Capítulo 3, por sua vez, aprofundará na análise envolvendo a forma como a inteligência artificial é desenvolvida por pessoas e como os vieses inerente da natureza humana pode ser hipótese para Estados-membro não aderirem acordos comerciais com base na exceção da proteção moralidade pública de sua sociedade. Ao final, no Capítulo 4, serão apresentadas as conclusões.

2. CONCEITO JURÍDICO DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: UMA ANÁLISE CONTEXTUAL

Para começar, cumpre esclarecer que conceituar inteligência artificial não é tarefa fácil. Neste capítulo, partiremos da origem histórica do termo até os dias atuais, numa perspectiva multilateral, apresentando como alguns países desenvolvidos têm encarado o desafio de conceituar e classificar a inteligência artificial dentro dos seus respectivos territórios.

Com efeito, não há um único conceito aceito de forma universal, existindo, no entanto, algumas características que singularizam o sistema como tal.

A inteligência artificial pode ser definida através da definição de Patrick Henry Winston, como o estudo da computação que possibilita perceber, raciocinar e agir, mesmo que algumas tecnologias com sistema de inteligência artificial são conduzidas por interfaces de comandos, o que atrela suas atividades a tradução do emissor ou proprietário. Noutra giro, há outras tecnologias com sistema de inteligência artificial que detém menor grau de intervenção humana, evidenciando uma condução mais autônoma, logo, atividade mais atrelada ao programador do sistema⁷⁰.

Noutro lado, partindo da definição do Dicionário Oxford, “artificial” significa algo realizado por “seres humanos em vez de ocorrer naturalmente”⁷¹, enquanto “inteligência” se refere á capacidade de “adquirir e aplicar conhecimento e competências”⁷². Quando em conjunto, “inteligência artificial”, é tida a seguinte definição pelo dicionário como “a

⁷⁰WINSTON, Patrick Henry. Artificial Intelligence. 1993. Disponível em <<https://courses.csail.mit.edu/6.034f/ai3/rest.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2023.

⁷¹Artificial, Oxford Living Dictionary. Acesso em <<https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=artificial>>. Disponível em 16 de outubro de 2023.

⁷²Intelligence, Oxford Living Dictionary. Acesso em <<https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=intelligence>>. Disponível em 16 de outubro de 2023.

capacidade dos computadores ou outras máquinas de exibir ou simular comportamento inteligente”⁷³.

Apesar do auxílio, a definição do dicionário, para muitos fins, pode dificultar a compreensão, ao passo que pode criar maiores pontos de divergências para resolver numa perspectiva internacional.

Tais definições e desenvolvimentos normativos em nível nacional terá também implicações internacionais no direito comercial, posto que em disputas perante a Organização Mundial do Comércio, inicia com as partes debatendo sobre as definição e significado comuns dos termos relevantes de um compromisso multilateral.

Assim, a construção de uma definição comum facilitaria o diálogo entre a comunidade internacional, principalmente no âmbito comercial, no entanto, para esta definição, requer uma análise contextual do conceito de inteligência artificial.

Entre os pioneiros que criaram os fundamentos da inteligência artificial, Alan Turing e John McCarthy estão os protagonistas. O trabalho sem precedentes da Alan Turing em 1950, conhecido como o “jogo da imitação” (também conhecido como Teste de Turing)⁷⁴ trouxe maior clareza da capacidade da inteligência artificial, principalmente por possibilitar respostas semelhantes às humanas suficientemente bem para que seus comportamentos não possam ser distinguidos de um humano propriamente dito.

Por mais que o jovem britânico, Alan Turing seja considerado o idealizador da ideia de máquina inteligente e como testá-la, o termo “inteligência artificial” foi utilizado pela primeira vez, por John McCarthy em 1956, em programa voltado a discussão, chamado *Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence (DSRPAI)*⁷⁵. Por mais que não tenha fornecido uma definição satisfatória de inteligência artificial, admitiu a dificuldade em caracterizar em geral os tipos de procedimentos computacionais a serem denominados como inteligentes⁷⁶.

Nesse processo de definição, países tem realizado tentativas de definir o conceito, a começar pelos Estados Unidos da América, no seu *Future of Artificial Intelligence Act*,

⁷³ Artificial Intelligence, Oxford Living Dictionary. Acesso em <<https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=artificial+intelligence>>. Disponível em 16 de outubro de 2023.

⁷⁴ TURING, Alan M., *Computing Machinery and Intelligence*, (1950).

⁷⁵ ANYOHA, Rockwell. Can Machines Think? Disponível em <<https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>>. Acesso em 16 de outubro de 2023.

⁷⁶ MCCARTHY, John. O que é inteligência artificial? (2007. Disponível em < <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>>. Acesso em 17 de outubro de 2023.

incluindo na definição “quaisquer sistemas artificiais que executem tarefas sob circunstâncias variadas e imprevisíveis, sem supervisão humana significativa, ou que possam aprender com a sua experiência e melhorar o seu desempenho”⁷⁷.

Apesar de alguns membros da OMC utilizem essa definição americana de inteligência artificial, uma definição operacional ainda carece em muitos outros países, de forma cristalina quando apresentado em suas legislações e políticas.

A Câmara dos Lordes do Reino Unido, quando trata de inteligência artificial, refere-se apenas como tecnologias capazes de “realizar tarefas que de outra forma exigiriam inteligência humana”⁷⁸. Já na União Europeia, refere-se a inteligência artificial como “sistemas que apresentam um comportamento inteligente analisando o seu ambiente e tomando ações – com algum grau de autonomia – para atingir objetivos específicos”⁷⁹ e a partir do Grupo de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial, descreveu a inteligência artificial como “sistemas que exibem comportamento inteligente, analisando seu ambiente e tomando ações – com algum grau de autonomia – para atingir objetivos específicos” e os sistemas baseados em inteligência artificial podem ser “puramente baseado em software, atuando no mundo virtual” ou “embutido em hardware dispositivos”⁸⁰.

Diante da diversidade de conceitos, ainda não há uma definição universal acordada, todavia, através das primeiras abordagens regulatórias, dos principais mercados, nota-se o surgimento de alguns denominadores em comuns.

Primeiramente, grande parte das opiniões compartilham da ideia que inteligência artificial é genérico e abrange várias tecnologias (big data, algoritmos, *machine learning*, robótica, *deep learning* etc.), bem como comungam da ideia de que a inteligência artificial não se resume a software, mas também pode ser incorporado a dispositivos de hardware. Em segundo lugar, verifica-se que o termo “inteligência” permanece como um termo específico de

⁷⁷ Future of Artificial Intelligence Act (2017). Disponível em <<https://www.govtrack.us/congress/bills/115/hr4625/text>>. Acesso em 17 de outubro de 2023.

⁷⁸ House of Lords. AI in the UK: ready, willing and able? Disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldai/100/100.pdf>. Acesso em 18 de outubro de 2023.

⁷⁹ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS Artificial Intelligence for Europe (2018). Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>>. Acesso em 18 de outubro de 2023.

⁸⁰ Grupo de Peritos de Alto Nível em Inteligência Artificial — Criado pela Comissão Europeia, Uma Definição de IA: Principais Capacidades e Disciplinas (2019). Disponível em <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/expert-group-ai>>. Acesso em 18 de outubro de 2023.

contexto, bem como a sua classificação de acordo com seu escopo de execução de tarefas, podendo ser inteligência artificial restrita (ANI) e “inteligência artificial geral” (AGI).

Ao longo dos anos, alguns países mais flexíveis o suficiente para acompanhar a dinâmica do comércio, têm dividido a inteligência artificial em três categorias: a inteligência artificial restrita, inteligência artificial geral e inteligência super artificial. A primeira seria a *Artificial Narrow Intelligence* (ANI), conhecida como restrita, uma espécie de inteligência artificial que se especializa numa única área e possui um único objetivo definido, tais como as máquinas treinadas para jogar xadrez, por exemplo. A segunda seria a *Artificial General Intelligence* (AGI), conhecida como geral, inteligência que mimetiza a mente humana e tem várias habilidades, tais como planejar e resolver problemas, compreender ideias complexas e aprender rapidamente por meio da experiência. Por fim, a terceira seria a *Artificial Super Intelligence* (ASI), considerada a superinteligência, intelecto que seria mais inteligente que até mesmo o cérebro humano em diversas áreas, incluindo habilidades sociais⁸¹.

Para efeitos práticos, o termo inteligência artificial é atualmente compreendido como as tecnologias que detêm de sistemas de inteligência artificial abrangendo tanto a inteligência artificial restrita (ANI), como a inteligência artificial geral (AGI).

Com isso, os efeitos multifacetários do rápido desenvolvimento da inteligência artificial aumentam em uma escala sem precedentes, substituindo as tarefas historicamente humanas, agora por máquinas, seja de forma parcial ou total. Essa mudança paradoxal, tem sido adotada de maneira ampla, entre indústrias, mercados e governos, numa perspectiva global, principalmente quando o assunto é desenvolvimento econômico, crescimento tecnológico e estratégia geopolítica, onde há cada vez mais elevada quantidade de financiamento e investimentos⁸².

Nesse sentido, levando em consideração que os sistemas de inteligência artificial estão condicionados a um conjunto de elementos de seus criadores, sendo eles: elevada quantidade de dados (inerentes ao contexto de onde se extraem), somado a concepção e o desenvolvimento do sistema por humanos. Tais elementos reunidos, invariavelmente resultam na inteligência artificial com reflexos de valores locais, preferências sociais, traços culturais e demográficos.

⁸¹ STRELKOVA, PASICHNYK. Three Types Of Artificial Intelligence. Disponível em <<https://conf.ztu.edu.ua/wp-content/uploads/2017/05/142.pdf>>. Acesso em 16 de outubro de 2023.

⁸² OCDE. Artificial Intelligence. Disponível em <<https://www.oecd.org/digital/artificial-intelligence/>>. Acesso em 18 de setembro de 2023.

Conseqüentemente, a concepção, desenvolvimento e alimentação dos sistemas de inteligência artificial giram em torno de seres humanos⁸³. Referida característica torna as reações da inteligência artificial muito mais imprevisíveis e diversificadas do que parece, implicando em variadas interpretações dos governos de cada país consumidor dessas tecnologias, além das responsabilidades e riscos associados através de suas legislações ou práticas comerciais locais⁸⁴.

A demonstração desta análise em torno de definir o conceito de inteligência artificial, bem como para entender o estágio de sua mutação e suas diversas facetas que se apresentam durante essa evolução contextual, demonstra o grau do desafio que a inteligência artificial carrega em seu acelerado desenvolvimento, principalmente em escala global.

3. ACORDOS COMERCIAIS DA OMC E SUAS EXCEÇÕES PARA NÃO ADERÊNCIA PELOS ESTADOS-MEMBRO

Neste capítulo, para melhor compreensão, será apresentado brevemente o surgimento da OMC, bem como o valor normativo de seus princípios para funcionamento no sistema internacional e em seguida, será introduzido as exceções gerais aos acordos internacionais, dada aos Membros como prerrogativas destinadas a resguardarem determinados aspectos da sociedade, em especial a proteção à moralidade pública.

Em período próximo ao surgimento dos preceitos da inteligência artificial (1950), por Alan Turing, ocorria em paralelo, o final da Segunda Guerra Mundial e o movimento internacional de países para a criação de uma nova ordem econômica através do chamado Bretton Woods, o qual consistia essencialmente no Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD)⁸⁵. Deste processo, restou a criação do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947, instituindo um sistema normativo de regras para o comércio internacional, fundado sobre pilares principiológicos, com finalidade

⁸³ PACKIN, Nizan Geslevich e LEV ARETZ, Yafit, Learning Algorithms and Discrimination (2018). Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3168579>>. Acesso em 18 de setembro de 2023.

⁸⁴ CALO, Ryan. Robotics and the Lessons of Cyberlaw (2018). Disponível em <<https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=faculty-articles>>. Acesso em 18 de setembro de 2023.

⁸⁵ NAKADA, Minoru. A OMC e o Regionalismo. São Paulo: Aduaneiras, 2002. p.21.

de liberalizar as transações comerciais entre os Membros que o aderiam, através da gradual redução de tarifas⁸⁶.

Somente na década de 90, após diversas rodadas de negociações, foi criada a Organização Mundial do Comércio (OMC)⁸⁷. Os acordos e instrumentos aos quais os Membros passaram a se sujeitar se dividem em duas categorias, sendo uma de natureza obrigatória de adesão (Acordos Comerciais Multilaterais) e outra, de natureza facultativa (Acordos Comerciais Plurilaterais). O GATT 1947 e o GATT 1994, bem como os Anexos 1, 2 e 3, são exemplos de acordos obrigatórios aos Membros da OMC, diferente do Anexo 4, em que se torna obrigatória apenas para aquele que aderir a ele expressamente.

Os princípios estabelecidos no GATT foram concretizados mediante sua aplicação, durante quatro décadas no âmbito dos mecanismos disponíveis antes da criação da OMC. Seus resultados foram incorporados pela OMC, e tiveram naturalmente a sua atuação ampliada com a crescimento do número de áreas que cingem a sua tutela⁸⁸.

Em busca de um conceito de princípios gerais de direito, podemos levar em consideração “as proposições de base ou ‘proposições primeiras’, escritas ou não escritas, que dominam os grandes sistemas jurídicos contemporâneos por sua importância, generalidade, e caráter abstrato, que lhe permite, por meio de um processo de transformação e de adaptação, fornecer os elementos de um regime jurídico suscetível de ser aplicado a situações concretas de caráter interno ou internacional”⁸⁹.

Conforme leciona Streck, o Direito é formado por regras e princípios, ambas normas, diferenciadas pelo que princípios entram em cena quando a regra não se faz suficiente, quando, em outras palavras, a realidade não pode ser dita completamente pelas regras e então se fazem os princípios necessários para resgatá-la e reaproximá-la ao texto⁹⁰.

⁸⁶ THORSTENSEN, Vera. Organização Mundial do Comércio: As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. *Aduaneiras* (2005). p.32.

⁸⁷ BRASIL. Decreto n. 1.355, de 30 dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. *Diário Oficial da União*, 31 de dezembro de 1994. Acordo de Marraqueche. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm> Acessado em 05 de dezembro de 2023.

⁸⁸ CORRÊA, Luís Fernando Nigro. *O Mercosul e a OMC: Regionalismo e Multilateralismo* p.52.

⁸⁹ CRETELLA NETO, José. *Direito processual na Organização Mundial do Comércio, OMC: casuística de interesse para o Brasil* (2003). p. 186.

⁹⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito* (2021). p. 145. *Direito* (2021). p.145.

Nesse sentido, os princípios são uma das fontes do Direito Internacional Público e sob tal condição, são invocados pelos julgadores e operadores do direito comercial em conjunto com as demais regras normativas⁹¹.

Dentre a linha clássica de princípios da OMC, são tidos os seguintes: princípio da Redução Geral de Restrições Quantitativas, Previsibilidade, Promoção de Competição Justa, Redução Gradual de Barreiras Comerciais e o princípio da Não Discriminação.

O princípio da Não Discriminação se resume no tratamento igualitário que os países devem dar entre si⁹². Referido princípio orienta a todas as relações comerciais internacionais e se divide em duas normas fundamentais a OMC: o Tratamento Geral de Nação Mais Favorecida e o Tratamento Nacional, as primeiras cláusulas do GATT 1947⁹³.

O princípio do Tratamento Geral de Nação Mais Favorecida também pode ser lido como princípio da Não Discriminação entre Nações, prevista no primeiro artigo do GATT⁹⁴. Mencionado princípio consiste que o Estado-Membro aderente ao acordo, não pode estabelecer tratamento diferenciado a um país, sendo ele Membro ou não da OMC, sem que o mesmo tratamento não se destine aos demais Membros da OMC. Esse princípio torna o acordo multilateral e não bilateral, devido ao impedimento à discriminação entre partes⁹⁵.

Dessa maneira, a tratamento entre os países deve ser mantido de forma isonômica, seja em termos tarifários, comerciais, econômicos, entre outros. Ocorre que a fim de preservar outros elementos fundamentais ao país, a exemplo do GATT, foi previsto exceções gerais que fugiram ao anseio de liberalização do comércio, dando aos Membros prerrogativas destinadas a resguardarem determinados aspectos da sociedade⁹⁶.

O GATT definiu que suas regras não devem impedir a adoção das medidas necessárias, como: à proteção da moralidade pública; à proteção da saúde da vida das pessoas e dos animais, e preservação dos vegetais; para assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do GATT; ao comércio de ouro e prata; à proteção de

⁹¹ CRUZ, Flávia Machado. Direito Internacional Público. Impetus (2010). p. 56

⁹² CORRÊA, Luís Fernando Nigro. O Mercosul e a OMC: Regionalismo e Multilateralismo (2001). p.54

⁹³ CHEREM, Giselda S. Organização Mundial do Comércio: economia & direito & subsídios. Curitiba: Juruá (2003). p. 91.

⁹⁴ O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT 1947). Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm#article1>. Acesso em 10 de dezembro de 2023.

⁹⁵ THORSTENSEN, Vera. Organização Mundial do Comércio: As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais (1998). p.33.

⁹⁶ BRASIL. Decreto n. 1.355, de 30 dezembro de 1994. GATT 1947, art. XX b).

patentes, marcas e direitos do autor; sobre tesouros artísticos e históricos e sobre recursos naturais exauríveis⁹⁷.

A prioridade do cunho moral é demonstrada na cláusula, tanto é verdade que das hipóteses destinadas a proteção da moralidade pública encontra-se em primeiro lugar de uma lista de dez itens, demonstração esta que denota a proeminência da preocupação com a preservação da moralidade pública perante as relações comerciais para cada Membro⁹⁸, conforme vale apresentar:

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedimento a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas:

I. a) necessárias à proteção da moralidade pública;⁹⁹

Ocorre que diante da relevância dos valores recepcionados na cláusula de exceções gerais do GATT, novas “pseudopolíticas” surgiram e com elas, novas preocupações devido ao disfarce para efetivar intuítos meramente protecionistas, para proteção da moralidade pública ou da proteção da saúde humana e dos animais de Membros¹⁰⁰.

Em resposta a essa preocupação quanto a legitimidade da restrição para invocar alguma das exceções, de forma que não seja exercida de forma arbitrária ou injustificadamente, nem de forma que constitua restrição disfarçada ao comércio internacional, esta regra decorre da condição imposta pelo caput do artigo XX, o qual importa citar:

Artigo XX. Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas.

Cumpramos ressaltar que o uso das hipóteses de exceção no sistema judicial é tão importante quanto a aplicação dos princípios, uma vez que, se de um lado os princípios primam pela hegemonia de valores, como o Princípio da Não Discriminação, as exceções são invocadas em homenagem a outros, como a proteção à moralidade pública. Em paralelo, observe-se que as

⁹⁷ PRAZERES, Tatiana Lacerda. Comércio internacional e protecionismo: As barreiras técnicas na OMC. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p.47.

⁹⁸ LIMA, Rodrigo Carvalho de A. O princípio da precaução no comércio multilateral (2003). p. 193.

⁹⁹ The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947). Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf>. Acesso em 06 de dezembro de 2023.

¹⁰⁰ LAFER, Celso. A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.55.

restrições impostas demonstram a preocupação na aplicação dessas exceções, de modo que somente práticas de fato legítimas devem prosperar.

Considerando essa normativa, fica claro a relevância da aplicação dos princípios, bem como das exceções dentro do comércio internacional, ficando também evidente que estas exceções compreendem circunstâncias específicas cujos requisitos para aplicação esclarecem o alto grau de proteção dado pelo GATT e suas regras, assim como outros acordos comerciais pela OMC.

4. A PROTEÇÃO DA MORALIDADE PÚBLICA E O DESENVOLVIMENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Uma vez analisado os contornos conceituais e desafios que a inteligência artificial carrega, bem como o surgimento da OMC e seus acordos internacionais prevendo regras e exceções no regime jurídico multilateral, passa-se a questões envolvendo os temas, ou seja, fundado na proteção da moralidade pública, poderia um Estado-membro se recusar a aderir acordos comerciais, se isentando ao princípio da Não Discriminação devido ao desenvolvimento da inteligência artificial com algoritmos que viole valores morais e éticos de sua sociedade.

Conforme explicitado, tanto os princípios quanto as exceções assumem destaque na manutenção da ordem econômica global. Tais exceções gerais mencionadas, encontram morada normativa na maioria dos acordos de livre comércio, em particular no Acordo Abrangente e Progressivo para a Parceria Transpacífica (CPTPP), no artigo XX, item “a” do GATT¹⁰¹ ou em cláusulas semelhantes no artigo XIV, item “a” do Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços (GATS)¹⁰² e o artigo 2.2 do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT)¹⁰³.

A primeira hipótese de exceção, quanto a proteção da moralidade pública, foi esquecida durante anos até que Antígua e Barbura em 2003 apresentou uma queixa contra os Estados Unidos da América envolvendo medidas relativas a jogos de azar online¹⁰⁴. No emblemático

¹⁰¹The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947). Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf>. Acesso em 06 de dezembro de 2023.

¹⁰²General Agreement On Trade In Services. Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf>. Acesso em 06 de dezembro de 2023.

¹⁰³Agreement On Technical Barriers To Trade (Acordo TBT). Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt.pdf>. Acesso em 06 de dezembro de 2023.

¹⁰⁴ Panel Report, United States — Measures Affecting the Cross-Border Provision of Gaming and Betting Services. Disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm, Acesso em 06 de dezembro de 2023.

caso, o juiz competente da OMC interpretou o termo “moralidade pública” como “padrões de conduta certa e errada mantida por ou em nome de uma comunidade ou nação” e, portanto, “deveria ser dada aos membros alguma margem para definir e aplicar por si próprios os conceitos de ‘moral pública’ (...) de acordo com seus próprios sistemas e escalas de valores”¹⁰⁵.

Após a disputa entre Antígua e Barbuda versus EUA, outras surgiram de forma crescente e com ela, preocupações comerciais e não comerciais em nome da moral pública, como um importante campo de atenção na OMC.

Ocorre que, com a chegada da inteligência artificial, esse campo tem se tornado ainda mais sensível no cenário global. Esse surgimento, levanta diversas novas questões éticas de difícil resolução, sobre como tais tecnologias podem ser concebidas e aplicadas de forma que proteja os direitos fundamentais, bem como os interesses públicos e a integridade moral de uma sociedade¹⁰⁶. Um exemplo concreto é o desafio iminente das decisões a serem tomadas em uma pluralidade de jurisdições, quando os veículos automatizados pegam estrada. Há algum tempo, há uma disputa entre grandes empresas, como Nissan, Google, GM, Tesla, Mercedes Benz, entre outras para competir pelo futuro dos mercados de transportes¹⁰⁷. Inclusive, há estimativas que o veículo autônomo que detêm sistema de inteligência artificial previna 600.000 vidas até o ano de 2045, bem como alavancar a economia global em cerca de 7 bilhões de dólares nos próximos anos¹⁰⁸.

Um exemplo clássico desses desafios, pode ser exemplificado como o conhecido Dilema do Bonde, em que uma difícil situação hipotética o motorista de um carro descontrolado deve escolher entre matar uma pessoa através da ação ou cinco através da omissão, entre outros cenários ainda mais complexos, demonstra a sensibilidade relevadora dessa sistemática¹⁰⁹.

Embora popularmente utilize a expressão carros autônomos, a denominação técnica é veículo com sistemas de condução automatizados (“*Automated Driving System*” ou “ADS”),

¹⁰⁵ Panel Report, United States — Measures Affecting the Cross-Border Provision of Gaming and Betting Services. Disponível em <<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/DS/285ARB.pdf&Open=True>> Acesso em 06 de dezembro de 2023.

¹⁰⁶ Comissão Europeia de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial. Diretrizes de Ética para IA Confiável (08 de abril de 2019).

¹⁰⁷ Niall McCarthy, The Self-Driving Car Companies Going The Distance, Statista (25 de fevereiro de 2019). Disponível em < <https://www.statista.com/chart/17144/test-miles-and-reportable-miles-per-disengagement/> >. Acesso em 11 de novembro de 2023.

¹⁰⁸ MARSHALL, Aarian. Robocars Could Add \$7 Trillion to the Global Economy. Disponível em: < <https://www.wired.com/2017/06/impact-of-autonomous-vehicles/>>. Acesso em 25 de novembro de 2023.

¹⁰⁹ KINOCHI, Renato Rodrigues. Sobre as Limitações do Dilema do Bonde para a Avaliação dos Riscos Impostos por Veículos Autônomo. Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea, Brasília (2018). p. 115-130.

conforme o Departamento de Trânsito dos EUA e a Administração Nacional de Segurança de Tráfego Rodoviário (NHTSA). Segundo eles, existem seis níveis de sistemas de condução automatizados, sendo nível 0 (nenhuma automação) até o nível 5 (total automação). O nível 3 é o ponto de inflexão, em que o veículo requer apenas uma limitada intervenção humana, sendo que apenas o nível 5 podem ser denominados de carros autônomos, devido a nenhuma interferência humana¹¹⁰. Da perspectiva normativa, quanto mais autonomia o veículo comporta, maior preocupação ele também carrega.

Essa preocupação decorre da forma como é realizada a programação da tomada de decisão algorítmica e a dimensão ética nela aplicada. Para melhor exemplificar, para que um veículo seja capaz de se deslocar de um local para outro com segurança, sua condução através do sistema automatizado normalmente opera através de um padrão de “sentir, planejar, agir” sustentado por tecnologias como câmeras, GPS, radar, algoritmos etc.¹¹¹

No entanto, a lei é definida por seres humanos e, portanto, é carregada por valores locais e o trabalho de traduzir uma legislação para um código não é uma tarefa mecânica e simples. Logo, embora os algoritmos incorporados sejam usados para lidar com o preconceito humano, esses códigos traduzidos em algoritmos, ou melhor, esse compilado de dados, são originados e cedidos por humanos, o que por si só acompanham de vieses preconceituosos. Tais vieses podem ser valores morais, monetários, étnicos ou mesmo religiosos que dificultam no desenvolvimento de veículos com sistemas de condução automatizados e quanto menos interferência humana, maior o grau de complexidade desses valores.

Essa problemática pode ser traduzida pelo experimento realizado por acadêmicos do *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), por meio da publicação denominada de “*The Moral Machine Experiment*” em que foi explorado as resposta do público a uma série de perguntas relacionado ao Dilema do Bonde, destinadas a verificar as preferências éticas das pessoas por pedestres, quando suas características como: sexo feminino ou masculino, idoso ou jovem, alto ou baixo status social, variavam em uma situação hipotética de acidente automotivo¹¹². Referida base de dados contou com a participação de 40 milhões de decisões

¹¹⁰ Department of Transport. of the US, Preparing for the Future of Transportation: Automated Vehicle hicles 3.0. Disponível em: < <https://www.transportation.gov/sites/dot.gov/files/docs/policy-initiatives/automated-vehicles/320711/preparing-future-transportation-automated-vehicle-30.pdf>>. Acesso em 11 de novembro de 2023.

¹¹¹ LIM, Hannah Yeeffe, *Autonomous Vehicles and the Law: Technology, Algorithms and Ethics*, (2018). p. 5-19.

¹¹² AWAD, Edmond, DSOUZA, Sohan, KIM, Richard. *The Moral Machine experiment*. *Nature* 563, (2018). p. 59–64. Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/s41586-018-0637-6>>. Acesso em 22 de novembro de 2023.

tomadas por participantes de 233 jurisdições, sendo mapeado preferências globais, variações demográficas e principalmente, a moral pública de cada local.

A referida pesquisa resultou em uma impressionante constatação. Aqueles que foram entrevistados nos países do Leste Asiático, influenciados por normas hierárquicas antigas como o confucionismo, tais como Japão, China, Taiwan e Coreia do Sul, por exemplo, preferiram salvar a vida dos idosos ao invés dos jovens. No caminho inverso, em grande parte da região ocidental, incluindo Europa e Estados Unidos da América, preferiram salvar o jovem¹¹³.

Ao separar os dilemas gerais relacionados a ética, a fim de se extrair um resultado prático, o fator determinante identificado foram os diferentes sistemas de responsabilidade civil de cada jurisdição, o qual têm papel determinante no desenvolvimento dos algoritmos.

Da mesma forma, extrai-se que o maior problema do Dilema do Bonde provavelmente não seja extraído por princípios éticos, mas por responsabilidades legais previstas em lei que se traduzem prontamente em restrições realistas sobre fabricantes de automóveis com sistema de condução automatizados, movidos pelos lucros.

No entanto, tendo a diversidade de jurisdições (constitucionais e infraconstitucionais) globais, uma convergência de normas para criação de padrão moral mundial é medida utópica. Indaga-se até que ponto a OMC, como ente intermediário poderia regulamentar tamanha heterogeneidade. Poderia a OMC permitir eventual exigência de Estado-membro, como os Estados Unidos da América para redesenhar os algoritmos de veículos totalmente autônomos para que reflita os valores morais do país solicitante, para que somente assim seja permitido sua importação?

Considerando a lacuna diante dos dilemas éticos que surgem, principalmente quando esses dilemas podem acarretar justificantes para não aderência a acordos internacionais, alguns países como no caso da Alemanha, se antecipou, assumindo a liderança ao esclarecer os princípios éticos a fim de balizar a adoção de carros com sistema de automação, através do Relatório de Automatização e Condução Conectada¹¹⁴. É destacado a necessidade do governo e sociedade se atentarem para as mudanças emergentes, tornando úteis traçar diretrizes para a forma que serão utilizados e concebidos.

¹¹³ AWAD, Edmond, DSOUZA, Sohan, KIM, Richard. The Moral Machine experiment. Nature 563, 2018, p. 59–64. Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/s41586-018-0637-6>>. Acesso em 22 de novembro de 2023.

¹¹⁴ Ethics Commission, Automated and Connected Driving. p. 5. Disponível em: <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission-automated-and-connected-driving.pdf?__blob=publicationFile>. Acesso em 28 de novembro de 2023.

Dessa forma, o objetivo é reduzir o nível de dano até que seja completamente prevenido, logo o princípio orientador das regras éticas está em evitar acidentes, colocando a pessoa humana no centro da evolução de tráfico veicular automatizado e conectado.

No Relatório, é reconhecido a responsabilidade pessoal dos indivíduos na tomada de decisões como uma expressão da sociedade centrada nos seres humanos individuais, com o seu direito ao desenvolvimento pessoal e a sua necessidade de proteção. O objetivo de todas as decisões regulamentares e políticas é, portanto, promover o livre desenvolvimento e a proteção dos indivíduos. Bem como, em uma sociedade livre, a forma como a tecnologia é estatutariamente concretizada é tal que é alcançado um equilíbrio entre a máxima liberdade de escolha pessoal num regime geral de desenvolvimento e a liberdade dos outros e a segurança¹¹⁵.

Logo, em situações perigosas que se revelam inevitáveis, apesar de todas as precauções tecnológicas terem sido tomadas, a proteção da vida humana goza de prioridade máxima num equilíbrio de interesses legalmente protegidos. Assim, dentro dos limites do que é tecnologicamente viável, os sistemas devem ser programados para aceitar danos a animais ou propriedades num conflito, se isso significar que danos pessoais podem ser evitados¹¹⁶.

Também é considerado no Relatório pelo Ministério Federal dos Transportes e Infraestrutura Digital da Alemanha que sistemas tecnológicos devem ser projetados para evitar acidentes. No entanto, não podem ser padronizados para uma avaliação complexa ou intuitiva dos impactos de um acidente, de tal forma que possam substituir ou antecipar a decisão de um condutor responsável com capacidade moral para fazer julgamentos corretos. Tais julgamentos jurídicos, feitos retrospectivamente e tendo em conta circunstâncias especiais, não podem ser facilmente transformados em avaliações *ex ante* abstratas/gerais e, portanto, também não em atividades de programação correspondentes¹¹⁷. Ao final, proíbe qualquer distinção baseada em características pessoais, como idade, sexo, constituição física ou mental.

Na abordagem alemã, a proteção a vida humana tem a mais alta prioridade e os seres humanos são igualmente importantes, independente das características pessoais, quando em estado de perigo.

¹¹⁵ Ethics Commission, Automated and Connected Driving. p. 6. Disponível em: <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission-automated-and-connected-driving.pdf?__blob=publicationFile> . Acesso em 28 de novembro de 2023.

¹¹⁶ Ethics Commission, Automated and Connected Driving. p. 7. Disponível em: <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission-automated-and-connected-driving.pdf?__blob=publicationFile> . Acesso em 28 de novembro de 2023.

¹¹⁷ Ethics Commission, Automated and Connected Driving. Item nº 7. Disponível em: <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission-automated-and-connected-driving.pdf?__blob=publicationFile> . Acesso em 28 de novembro de 2023.

Por mais que não resolva o dilema moral, a diretriz alemã concentra e prioriza a proteção do direito fundamental à vida, privilegiando o indivíduo como centro da preocupação, utilizando os referidos princípios éticos como forma de melhorar os veículos automatizados atualmente.

Apesar da vertente americana se inclina a ideia de que o dilema quando na predição de carros autônomos seja uma simples questão matemática, levando em consideração o dano sobre uma análise econômica e jurídica menos gravosa ao condutor¹¹⁸, não diverge quanto a proteção centralizada da vida humana.

Na perspectiva dos países da União Europeia, do ponto de vista substantivo, o qual pressupõe a visão humanizada, assiste-se, atualmente, a uma progressiva convergência de direitos, a qual resulta na incorporação de parâmetros muito idênticos, em especial o respeito a dignidade da pessoa humana e da igualdade dos direitos de todas as pessoas¹¹⁹.

De todo modo, constata-se que nas diretrizes principiológicas e nas regulamentações das máquinas com sistemas de inteligência artificial dos Estados-membros mais desenvolvidos, abordam a construção ética e jurídica baseada nos Direitos Fundamentais, em comum com outros Estados-Membros.

A partir do pluralismo de legislações ao redor do mundo, aliado a globalização, o transconstitucionalismo (tese do professor Marcelo Neves da Universidade de Brasília), ganha maior enfoque diante do aumento das relações transversais entre os diversos sistemas jurídicos que buscam solucionar os mesmos transtornos constitucionais, em especial, que giram em torno dos Direitos Fundamentais¹²⁰.

Constatado o respeito aos direitos humanos fundamentais na implementação da inteligência artificial através das regulamentações que surgem no cenário internacional, ainda resta um longo percurso pela frente, pois parte daqui outros desafios que necessitam de novas discursões e clamam por julgamentos de diversas comunidades, sejam ela culturais, étnicas, econômicas, sociais e religiosas nos Estados-membros¹²¹, para melhor definição do sistema

¹¹⁸ BRYAN, Casey. Amoral Machines, or: How Roboticists Can Learn to Stop Worrying and Love the Law. Disponível em: < <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol111/iss5/4/>>. Acesso em 28 de novembro de 2023.

¹¹⁹ MARTINS, Ana Maria Guerra. A Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais. Fausto Santos de Moraes, José Kramer Bortoloti. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 55.

¹²⁰ NEVES, Marcelo. (Não)Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões (2014). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>> Acesso em: 11 de dezembro de 2023.

¹²¹ LIU, Han-Wei e LIN, Ching-Fu. Artificial Intelligence and Global Trade. p. 34. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3675505>. Acesso em: 04 de dezembro de 2023.

jurídico de cada Estado-membro e conseqüentemente, na configuração do seu respectivo algoritmo.

Até agora foi possível perceber que o desenvolvimento da inteligência artificial se deu sem precedentes e a evolução do sistema jurídico ainda carece de impulso para acompanhá-la. Além disso, compreender que a confecção do algoritmo que definirá a tomada de decisões da inteligência artificial é regida por códigos legais e não, por código morais. Tais códigos legais serão determinantes na ótica dos demais Estados-membros ao aderir ou não inteligência artificial em seu território.

A essa altura, a análise econômica do direito ensina que as empresas que maximizam os lucros projetarão seus robôs para se comportarem não como bons filósofos morais, mas como homens maus, segundo Oliver Wendel Holmes, preocupados menos com “regras éticas” do que com as regras legais que determinam se eles serão “são obrigados a pagar” e podem “manter-se fora da indesejável prisão”. Longe de seguirem um código moral “claro e consistente”, os sistemas otimizados seguirão, em vez disso, um código amoral que reflete as realidades econômicas confusas dos regimes jurídicos imperfeitos da sociedade. Esses sistemas de inteligência artificiais não maximizarão a moralidade, mas minimizarão a responsabilidade. E se o objetivo da ética das máquinas “é enquadrar a discussão de uma forma que oriente construtivamente a tarefa de engenharia de projetar” essas chamadas “máquinas morais”, ela deve começar reconhecendo que a ética nobre certamente ficará em segundo plano para economia amoral¹²².

5. CONCLUSÃO

Neste artigo, foram apresentados os principais conceitos de inteligência artificial e sua percepção em alguns países, bem como sua concepção, desenvolvimento e modelação através dos seres humanos, características estas que agravam os desafios, principalmente em escala global. Em seguida, foi abordado o surgimento da OMC e seus acordos comerciais, abordando a importância de seu conjunto normativo aos Estados-membro, incluindo princípios e exceções para sua inaplicabilidade, em especial, para proteção à moralidade pública. Por fim, examinados os dois capítulos apresentados para melhor compreensão e maturação deste tema, passou-se a analisar como a questão do fator humano, e seus vieses no desenvolvimento dos algoritmos

¹²² HOLMES, Oliver Wendell. O Caminho da Lei (1897). Harvard Law Review. Disponível em <https://www.academia.edu/38112712/Holmes_O_Caminho_do_Direito>. Acesso em 11 de dezembro de 2023.

para tomada de decisões pela inteligência artificial, pode ser hipótese para o Estado-membro invocar sua prerrogativa legal de preservação da moralidade pública como exceção de aplicabilidade de acordos comerciais da OMC, considerando que máquinas com sistemas de inteligência artificial poderiam violar aspectos morais de sua sociedade.

Tudo isto, a fim de responder a seguinte pergunta: o desenvolvimento da inteligência artificial, mesmo com os vieses humanos, quando analisado sob o ponto de vista da OMC, podem ser compreendidos como hipótese de dispensa de acordo comerciais para fins de proteção da moralidade pública de um Estado-membro?

Diante da referida indagação em que se buscou resposta neste trabalho, pode-se dizer que o fator determinante para aderência de acordos comerciais que tenham como objeto a inteligência artificial para os Estados-membros, dependerá do regime de responsabilidade civil que cada Estado-membro aplica em sua jurisdição.

O regime de responsabilidade civil que espelha o comportamento ético e moral da sociedade em que vigora passa a necessitar de convergência aos interesses econômicos locais, bem como aos internacionais, posto que a regulamentação resultará na obrigação dos algoritmos reproduzirem regras legais e não propriamente, regras éticas de uma sociedade.

O reflexo derivado do sistema de responsabilidade civil de cada Estado-membro implicará nos comportamentos decisórios das máquinas com sistema de inteligência artificial, podendo influenciar sua sociedade. No entanto, tais características serão somente originadas e mantidas pelos agentes reguladores de cada Estado-membro. E diante da tradução do regime jurídico de responsabilidade civil local, cada vez mais fidedigna aos algoritmos, como no caso do carro autônomo, mais claro tornará a preocupação com a minimização de prejuízos financeiros do que valores culturais.

A perspectiva de Holmes quanto a moralidade e a lei, por mais trivial que seja, nos fornece clareza ao compreender os fatores definidores da tomada de decisão que as máquinas com sistemas de inteligência artificial tomaram durante sua utilização¹²³.

Logo, a exceção da aplicação de acordos comerciais internacionais pela OMC terá sua causa principal determinada pelo sistema jurídico de responsabilidade civil que cada Estado-membro irá instituir em sua jurisdição, e não propriamente a moralidade pública local. Os cálculos de custo-benefício da tomada de decisão não maximizarão a moralidade, mas minimizarão a responsabilidade de certos agentes.

¹²³ HOLMES, Oliver Wendell. O Caminho da Lei (1897). Harvard Law Review. Disponível em <https://www.academia.edu/38112712/Holmes_O_Caminho_do_Direito>. Acesso em 11 de dezembro de 2023.

Em outras palavras, a tomada de decisão das máquinas com sistema de inteligência artificial parece ter menos a ver com as inegáveis implicações morais da decisão do que com padrões definidos pela lei, traduzindo em ato de lucro que prevalece sobre a ética. E mesmo, em cenários em que o mandamento legislativo for menos detalhado e claro, as instituições éticas estarão a cargo dos imperativos do tempo, da política, entre outros, mas principalmente, dos incentivos econômicos para impulsionar os programadores para definir dentro de suas consequências financeiras.

Logo, a depender do grau de discrepância entre o regime de responsabilidade civil do Estado-membro e da máquina de inteligência artificial objeto de acordo comercial pela OMC, pode desencadear justificativa razoável para invocar a exceção por uma sociedade em preservar sua moralidade pública, mesmo que, conforme tratado nesta análise, tal decisão poderá ser reflexo da minimização da responsabilidade e de incentivos econômicos, do que a moral pública.

Portanto, na medida em que a tecnologia for se desenvolvendo, viabilizando algoritmos mais sofisticados, novas discursões e julgamentos de variados setores da comunidade precisam aprofundar no tema, sejam ela culturais, étnicas, econômicas, sociais e religiosas, para melhor definição do sistema jurídico que cada Estado-membro irá adotar e consequentemente, configurar seus algoritmos¹²⁴.

REFERÊNCIAS

ANYOHA, Rockwell. **Can Machines Think?** Disponível em <<https://sitn.hms.harvard.edu/flash/2017/history-artificial-intelligence/>>. Acesso em: 16 out. 2023.

Artificial, **Oxford Living Dictionary**. Acesso em <<https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=artificial>>. Disponível em: 16 out. 2023.

AWAD, Edmond, DSOUZA, Sohan, KIM, Richard. **The Moral Machine experiment**. Nature 563, (2018). p. 59–64. Disponível em: <<https://doi.org/10.1038/s41586-018-0637-6>>. Acesso em: 22 nov. 2023.

BODEN, Margareth A. **AI: its nature and future**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BRASIL. **Decreto n. 1.355, de 30 dezembro de 1994**. GATT 1947, art. XX b).

¹²⁴ LIU, Han-Wei e LIN, Ching-Fu. Artificial Intelligence and Global Trade. p. 34. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3675505>. Acesso em: 04 de dezembro de 2023.

BRASIL. **Decreto n. 1.355, de 30 dezembro de 1994.** Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Diário Oficial da União, 31 de dezembro de 1994. **Acordo de Marraqueche.** Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm> Acesso em: 05 dez. 2023.

BRYAN, Casey. **Amoral Machines, or: How Roboticians Can Learn to Stop Worrying and Love the Law.** Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol111/iss5/4/>>. Acesso em: 28 nov. 2023.

BRYNJOLFSSON, Erik, HUI, Xiang, and LIU, Meng. **Does Machine Translation Affect International Trade? Evidence from a Large Digital Platform,** 2018, Cambridge, MA, National Bureau of Economic Research. Disponível em: <https://doi.org/10.3386/w24917>. Acesso em: 08 nov. 2023.

CALO, Ryan. **Robotics and the Lessons of Cyberlaw** (2018). Disponível em <<https://digitalcommons.law.uw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=faculty-articles>>. Acesso em: 18 set. 2023.

CHEREM, Giselda S. **Organização Mundial do Comércio: economia & direito & subsídios.** Curitiba: Juruá (2003). p. 91.

Comissão Europeia de Peritos de Alto Nível sobre Inteligência Artificial. **Diretrizes de Ética para IA Confiável** (2019).

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE EUROPEAN COUNCIL, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS. **Artificial Intelligence for Europe** (2018). Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM%3A2018%3A237%3AFIN>>. Acesso em: 18 out. 2023.

CORRÊA, Luís Fernando Nigro. **O Mercosul e a OMC: Regionalismo e Multilateralismo** (2001). p.52-54.

CRETELLA NETO, José. **Direito processual na Organização Mundial do Comércio, OMC: casuística de interesse para o Brasil** (2003). p. 186.

CRUZ, Flávia Machado. **Direito Internacional Público.** Impetus (2010). p. 56

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Transport. of the US, **Preparing for the Future of Transportation: Automated Vehicle hicles 3.0.** Disponível em: <<https://www.transportation.gov/sites/dot.gov/files/docs/policy-initiatives/automated-vehicles/320711/preparing-future-transportation-automated-vehicle-30.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Future of Artificial Intelligence Act** (2017). Disponível em <<https://www.govtrack.us/congress/bills/115/hr4625/text>>. Acesso em: 17 out. 2023.

ETHICS COMMISSION, **Automated and Connected Driving**. Disponível em: <https://bmdv.bund.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission-automated-and-connected-driving.pdf?__blob=publicationFile>. Acesso em: 28 nov. 2023.

HOLMES, Oliver Wendell. **O Caminho da Lei** (1897). Harvard Law Review. Disponível em <https://www.academia.edu/38112712/Holmes_O_Caminho_do_Direito>. Acesso em: 11 dez. 2023.

KINOUCI, Renato Rodrigues. **Sobre as Limitações do Dilema do Bonde para a Avaliação dos Riscos Impostos por Veículos Autônomo**. Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea, Brasília (2018). p. 115-130.

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.55.

LIM, Hannah Yeefee, **Autonomous Vehicles and the Law: Technology, Algorithms and Ethics** (2018). p. 5-19.

LIMA, Rodrigo Carvalho de A. **O princípio da precaução no comércio multilateral** (2003). p. 193.

LIU, Han-Wei e LIN, Ching-Fu. **Artificial Intelligence and Global Trade**. p. 34. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3675505>. Acesso em: 04 dez. 2023.

MARSHALL, Aarian. **Robocars Could Add \$7 Trillion to the Global Economy**. Disponível em: <<https://www.wired.com/2017/06/impact-of-autonomous-vehicles/>>. Acesso em: 25 nov. 2023.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **A Jurisdição Constitucional e os Desafios à Concretização dos Direitos Fundamentais**. Fausto Santos de Moraes, José Kramer Bortoloti. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 55.

McCarthy, J., Minsky, M. L., Rochester, N., & Shannon, C. E. (2006). **A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence**, Agosto 31, 1955. AI Magazine. Disponível em: <https://doi.org/10.1609/aimag.v27i4.1904>. Acesso em: 04 dez. 2023.

MCCARTHY, John. **O que é inteligência artificial?** (2007). Disponível em < <https://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2023.

MCCARTHY, Niall. **The Self-Driving Car Companies Going The Distance**, Statista (2019). Disponível em <<https://www.statista.com/chart/17144/test-miles-and-reportable-miles-per-disengagement/>>. Acesso em: 11 nov. 2023.

NAKADA, Minoru. **A OMC e o Regionalismo**. São Paulo: Aduaneiras, 2002. p.21.

NEVES, Marcelo. **(Não) Solucionando problemas constitucionais: Transconstitucionalismo além de colisões** (2014). Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>> Acesso em: 11 dez. 2023.

OCDE. **Artificial Intelligence**. Disponível em <<https://www.oecd.org/digital/artificial-intelligence/>>. Acesso em: 18 set. 2023.

OMC – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Agreement On Technical Barriers To Trade (Acordo TBT)**. Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2023.

OMC – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **General Agreement On Trade In Services**. Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2023.

OMC - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT 1947)**. Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm#articleI>. Acesso em: 10 dez. 2023.

OMC - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. Panel Report, United States — **Measures Affecting the Cross-Border Provision of Gaming and Betting Services**. Disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm, Acesso em: 06 dez. 2023.

OMC - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947)**. Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2023.

OMC - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947)**. Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47.pdf>. Acesso em: 06 dez. 2023.

OXFORD LIVING DICTIONARY. **Artificial Intelligence**. Acesso em <<https://www.oed.com/search/dictionary/?scope=Entries&q=artificial+intelligence>>. Disponível em: 16 out. 2023.

PACKIN, Nizan Geslevich, LEV ARETZ, Yafit. **Learning Algorithms and Discrimination** (2018). Disponível em <<https://ssrn.com/abstract=3168579>>. Acesso em: 18 set. 2023.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. **Comércio internacional e protecionismo: As barreiras técnicas na OMC**. São Paulo: Aduaneiras, 2003. p.47.

REINO UNIDO. House of Lords. **AI in the UK: ready, willing and able?** Disponível em <https://publications.parliament.uk/pa/ld201719/ldselect/ldai/100/100.pdf>. Acesso em: 18 out. 2023.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito** (2021). p. 145.

STRELKOVA, Pasichnyk. **Three Types Of Artificial Intelligence**. Disponível em <<https://conf.ztu.edu.ua/wp-content/uploads/2017/05/142.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2023.

THORSTENSEN, Vera. **Organização Mundial do Comércio: As regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais**. Aduaneiras (2005).

TURING, Alan M. **Computing Machinery and Intelligence** (1950).

UNIÃO EUROPEIA. Grupo de Peritos de Alto Nível em Inteligência Artificial — Criado pela Comissão Europeia, **Uma Definição de IA: Principais Capacidades e Disciplinas** (2019). Disponível em <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/pt/policies/expert-group-ai>>. Acesso em: 18 out. 2023.

WINSTON, Patrick Henry. **Artificial Intelligence**. 1993. Disponível em <<https://courses.csail.mit.edu/6.034f/ai3/rest.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2023.

3. PROTECIONISMO VERDE: O CASO DO REGULAMENTO ANTI-DESMATAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

3. GREEN PROTECTIONISM: THE CASE OF THE EUROPEAN UNION ANTI-DEFORESTATION REGULATION

Gabriel Joaquim

SUMÁRIO: 1. Introdução. 1.1 Conceitos. 1.2. Contexto. 2. O que é o regulamento anti-desmatamento? 2.1. História. 2.2. Dispositivos. 3. Por que o regulamento é ilegal?. 3.1. Desmatamento legal e ilegal. 3.2. Direitos de Privacidade. 3.3. Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT/94). 3.4. Acordo sobre a Agricultura (AA). 3.5. 3.5. Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT). 4. Como o Brasil deveria responder? 4.1. Alianças com países em desenvolvimento (PEDs). 4.2. Diálogo diplomático com a União Europeia. 4.3. Sistema de solução de controvérsias (SSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC). 4.4. Utilização da política comercial para concretização de objetivos de política externa. 5. Conclusão.

RESUMO: Este artigo busca demonstrar quais os motivos que fazem do Regulamento da União Europeia (UE) sobre Cadeias de Suprimentos Livres de Desmatamento (Regulamento Anti-Desmatamento ou EUDR) uma norma discriminatória, ilegal e como o Brasil deve responder a ele. Para alcançar o objetivo, o artigo apresenta os dispositivos do EUDR, demonstra quais normas do Direito Internacional do Comércio são violadas pelo Regulamento e propõe políticas para reagir ao protecionismo verde europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio internacional. Sustentabilidade. União Europeia.

ABSTRACT: This article aims to show why the EU Regulation on deforestation-free supply chains (EUDR) is discriminatory, illegal and how Brazil should respond to it. To achieve this goal, the article presents the main provisions of the EUDR, illustrates which norms of International Trade Law it violates, and proposes policies to react to European green protectionism.

KEYWORDS: International trade. Sustainability. European Union.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um dos países mais ativos na agenda ambiental mundial, possui uma das matrizes energéticas mais limpas do mundo, preserva 60% do território na forma de vegetação nativa e reconhece que mudanças climáticas representam um dos maiores desafios do século XXI. O EUDR exige que empresas realizem processos de *due diligence* para garantir que seus produtos não contribuirão para o desmatamento. Este ensaio tem como objetivo analisar criticamente o uso do meio ambiente como uma barreira não tarifária pela União Europeia no contexto deste regulamento.

Na introdução, discutiremos os conceitos de i) protecionismo verde, ii) políticas ambientais de uso dual e iii) vanguardismo ambiental e protecionismo comercial. Também examinaremos o contexto atual de crise no regime multilateral do comércio. Na primeira seção, apresentamos a história do EUDR. Também explicaremos suas principais disposições. Na segunda seção, demonstraremos como o EUDR não protege o meio ambiente e viola o direito comunitário e internacional do comércio. Ele infringe especificamente a legislação europeia de privacidade, o artigo XX do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT/94, na sigla em inglês), o artigo 4 do Acordo sobre Agricultura (AA) da Organização Mundial do Comércio (OMC) e o artigo 2 do Acordo da OMC sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT). Na terceira e última seção, exploraremos como o Brasil deve responder ao EUDR. O Brasil deve também se envolver em um diálogo construtivo com a Comissão Europeia e outras instituições da EU, para buscar mitigar os impactos negativos do EUDR por meio de diretrizes de implementação. Devemos buscar apoio de outros países em desenvolvimento, principalmente aqueles do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA). Argumentamos que o Brasil deve levar o caso ao sistema de solução de controvérsias da OMC. Finalmente, defendemos que o Brasil deve desenhar políticas comerciais que auxiliem a projetar a imagem de um país inovador e sustentável, retaliando atores que possuam matrizes de energia mais poluentes que a brasileira.

1.1. Conceitos

Um dos principais desafios deste trabalho foi decidir o conceito que melhor descreve a estratégia de comércio e meio ambiente da União Europeia. Reconhecemos que os europeus não são simplesmente protecionistas. Reconhecemos que há um espaço legítimo para regulamentações que buscam proteger o meio ambiente, e o Brasil é destaque nessa agenda. Somos o país com mais de 100 milhões de habitantes que possui a matriz energética mais limpa; um país com 60% de seu território coberto por vegetação nativa; e um dos países com mais leis que protegem o meio ambiente. Analisaremos, portanto, três conceitos: protecionismo verde, políticas ambientais de uso dual e vanguardismo ambiental e protecionismo comercial.

O primeiro conceito que abordaremos é o protecionismo verde¹²⁵. Trata-se do uso de medidas protecionistas por meio da instrumentalização de um discurso ambiental legítimo. Enquanto a eficácia das ferramentas tradicionais de política comercial - tarifas e subsídios - está diminuindo, os produtores europeus têm adotado a introdução de critérios específicos de sustentabilidade que teriam o efeito de proteger os produtores nacionais, aumentando os custos para competidores estrangeiros¹²⁶. Argumentamos que a UE poderia promover políticas ambientais sem prejudicar o comércio com países em desenvolvimento. Também destacamos que os países pobres são os que suportam o ônus do protecionismo europeu em termos de bem-estar¹²⁷.

O segundo conceito é o de políticas ambientais de uso dual. Durante uma entrevista com a professora da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Vera Thorstensen, o embaixador Alexandre Peña Ghisleni usou o conceito de políticas ambientais de uso dual¹²⁸. Ele descreve a estratégia dupla que busca tanto deter as mudanças climáticas quanto criar barreiras não tarifárias para proteger os produtores agrícolas europeus. O conceito faz referência ao vocabulário militar, no qual itens de uso dual se referem a bens, *software* e tecnologia que podem ser usados tanto para aplicações civis quanto militares.

¹²⁵ ERIXON, Fredrik. The rising trend of green protectionism: Biofuels and the European Union. Brussels: European Centre for International Political Economy's Occasional Paper, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10419/174717>>.

¹²⁶ CHARNOVITZ, S. "The WTO's Environmental Challenge." *Journal of International Economic Law*, 5(3), 2002, pp. 505-543.

¹²⁷ BOUISSOU, Julien. Comment la montée du protectionnisme vert pénalise les pays pauvres. *Le Monde*, France: 2023. Disponível em: <https://www.lemonde.fr/economie/article/2023/06/21/comment-la-montee-du-protectionnisme-vert-penalise-les-pays-pauvres_6178593_3234.html>.

¹²⁸ GHISLENI. Memórias do Brasil na OMC: Entrevista – Embaixador Alexandre Peña Ghisleni. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9lnSN-0hhoA>>.

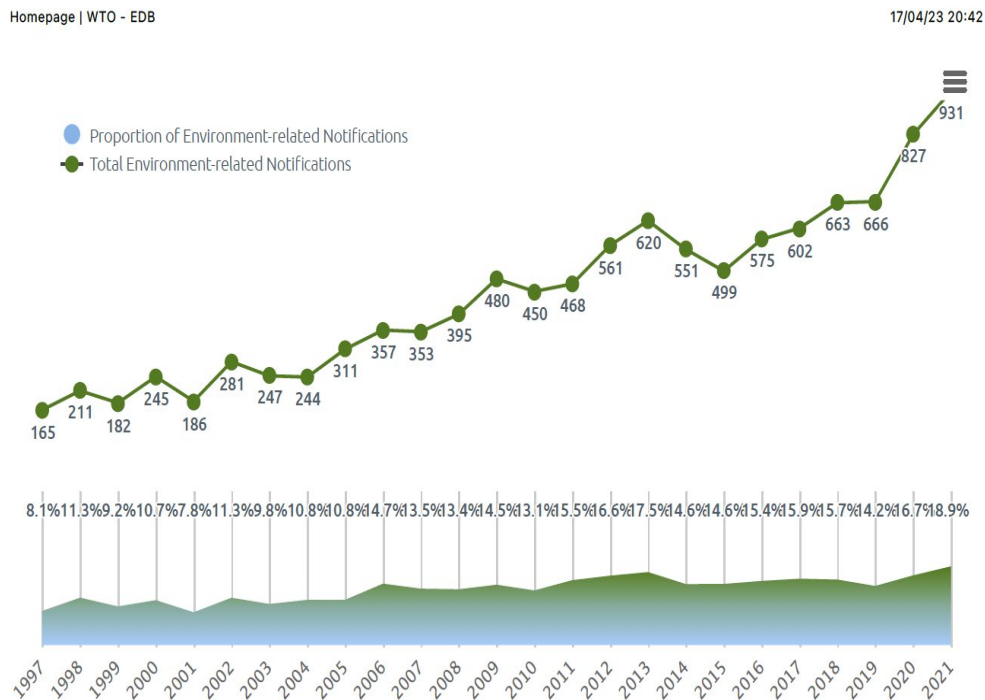
O último conceito foi cunhado pela professora Vera Thorstensen. Vanguardismo ambiental e protecionismo comercial¹²⁹ referem-se à posição da União Europeia como um ator central na determinação da agenda ambiental e no equilíbrio entre comércio e meio ambiente. A relevância econômica e o poder de influência de atores subnacionais garantem um papel privilegiado na construção da agenda climática e no uso do comércio como instrumento para alcançar objetivos ambientais. Sob a liderança ambiental, no entanto, é importante questionar se os interesses comerciais protecionistas estão latentes e usam o discurso da sustentabilidade para atingir os objetivos econômicos de atores domésticos. Na dimensão ambiental, a direção da política externa da União Europeia é construída primeiro em uma base nacional e depois disseminada internacionalmente, principalmente por meio de seu vasto conjunto de instrumentos para expressar o *soft power*, conforme o conceito formulado por Nye¹³⁰. A disseminação ocorre por meio de ação centralizada dos governos ou por meio de ação transnacional difusa por atores sociais, sem a intermediação do Estado ou das autoridades do bloco.

Adotaremos o primeiro conceito como referência para nosso trabalho. Os membros da OMC consideram a proteção ambiental e da saúde como objetivos legítimos. No entanto, também reconhecem que medidas projetadas para atingir esse objetivo podem ter um efeito adverso sobre as exportações. E reconhecem que o desenvolvimento sustentável depende de melhor acesso ao mercado para produtos dos países em desenvolvimento. O Princípio 11 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) afirma que os padrões ambientais, objetivos e prioridades devem refletir as condições ecológicas e de desenvolvimento em que são aplicados. Em outras palavras, os padrões ambientais aplicados por alguns países podem não ser apropriados para outros. Eles podem impor um custo econômico e social injustificado a eles e, especialmente, aos países em desenvolvimento, prejudicando suas exportações. As pequenas e médias empresas (PMEs) são particularmente vulneráveis. O uso de medidas ambientais para interromper o comércio está aumentando¹³¹.

¹²⁹ THORSTENSEN, Vera, et al. Vanguardismo Ambiental e Protecionismo Comercial na União Europeia e nos Estados Unidos. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2022, p. 6. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10991/3/publicacao_preliminar_vanguardismo_ambiental_e_proteccionismo.pdf>.

¹³⁰ NYE Jr., J. S. *Soft power: the means to success in world politics*. New York: PublicAffairs, 2004.

¹³¹ WTO. *World Trade Report 2022 - Climate change and international trade*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr22_e.htm>.



O uso de medidas protecionistas que prejudicam o desenvolvimento sustentável é condenável, mas justificar tais medidas sob supostos fundamentos ambientais é ainda pior. Isso serve para alimentar suspeitas sobre medidas que são adotadas adequadamente em resposta a preocupações ambientais ou de desenvolvimento legítimas.

1.2. Contexto

O protecionismo comercial europeu faz parte do projeto de autonomia estratégica da Europa¹³². Após décadas de defesa da dissolução de barreiras e fronteiras, a Europa está mudando seu comportamento. Ursula von der Leyen assumiu uma tarefa monumental durante sua presidência na Comissão Europeia: fortalecer a posição da Europa no cenário global. "Soberania Europeia", "Autonomia Estratégica" ou "*Une Europe qui protège*" – qualquer que seja o mote, trata-se de um esforço para proteger os interesses europeus contra competição estrangeira.

O regime multilateral do comércio tem enfrentado uma crise nos últimos anos, impulsionada por vários fatores que criaram um ambiente desafiador para o comércio internacional. Um desafio significativo é a crescente complexidade do comércio global, o que leva a atrasos, custos elevados e dificuldades para garantir conformidade com regulamentações

¹³² EUROPEAN COMMISSION. An EU approach to enhance economic security, 2023. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_3358>.

e padrões diversos. A intensificação da competição entre os Estados Unidos e a China contribuiu para tensões comerciais e incertezas, pois suas disputas comerciais, incluindo guerras tarifárias e restrições à transferência de tecnologia, perturbaram as cadeias globais de suprimento e minaram a confiança na previsibilidade do comércio internacional. A OMC está em crise: as negociações sobre acordos comerciais estão paralisadas, e seu mecanismo de resolução de disputas foi prejudicado. Muitos países recorreram a subsídios para apoiar indústrias domésticas (principalmente a China) e agricultura (principalmente países europeus).

Sem a opção de acordos na OMC, os formuladores de políticas europeus estão buscando objetivos ambientais de outras maneiras. Uma delas é usar o comércio para fortalecer acordos climáticos internacionais, embora até agora isso tenha sido principalmente um projeto europeu. A UE recusa-se a assinar novos acordos comerciais com países que não ratificaram o Acordo de Paris ou que se recusaram a tomar medidas para combater o aquecimento global, e pode adicionar a conformidade com Paris como uma condição para que países pobres obtenham acesso especial ao seu mercado. Os europeus estão, portanto, imitando a abordagem unilateral de Donald Trump, mas com menos poder.

Padrões ambientais mais altos são considerados uma desvantagem comparativa se não forem adotados nos países concorrentes. A estratégia indica uma ampliação do conjunto de instrumentos de defesa comercial da UE, dando-lhe não apenas capacidade reativa, mas também maior iniciativa para alterar políticas nacionais de outros países.

A preocupação com as mudanças climáticas e a degradação ambiental está no cerne do "*European Green Deal*" e tem o propósito declarado de transformar a UE em uma economia moderna, competitiva e eficiente. O Pacto Verde Europeu é baseado em 3 pilares: neutralidade climática até 2050; crescimento econômico que não depende do uso intensivo e insustentável de recursos naturais; e crescimento econômico justo e inclusivo, para todas as pessoas e todos os países e regiões da UE.

Dada a sensibilidade e politização elevadas das questões ambientais no contexto europeu, o suposto desempenho negativo do Brasil nessa área, especialmente no que diz respeito ao desmatamento e incêndios florestais na Amazônia, tornou-se um ponto de desgaste nas relações bilaterais, como evidenciado pelo congelamento do processo de aprovação do acordo MERCOSUL-UE por três anos.

As divergências do Brasil com a UE na área ambiental também derivam do projeto europeu, vinculado ao Pacto Verde, para disseminar padrões europeus de produção e consumo e eliminar supostas vantagens comerciais obtidas por países que praticam alegado "dumping

ambiental e social". Projetos como o mecanismo de ajuste de fronteira de carbono (CBAM) e as "cláusulas espelho" seguem esse amplo movimento europeu.

A preocupação no bloco também está crescendo sobre os efeitos indiretos do consumo europeu no meio ambiente global. Nesse sentido, iniciativas que buscam controlar os métodos de produção de bens destinados à UE estão ganhando impulso, como projetos de *due diligence*¹³³, cadeias de produção livres de desmatamento e desenho de produtos sustentáveis.

2. O QUE É O REGULAMENTO ANTI-DESMATAMENTO?

2.1. História

A União Europeia afirma estar preocupada com o desmatamento e seus impactos ambientais. Iniciativas concentraram-se em abordar o desmatamento em setores específicos, como a indústria madeireira. Em 2003, a UE lançou o Plano de Ação para o Cumprimento das Leis Florestais, Governança e Comércio. Esse plano tinha como objetivo combater a extração ilegal de madeira e promover práticas sustentáveis de manejo florestal em países exportadores de madeira para a UE. Em 2013, a UE introduziu o Regulamento da Madeira, que proíbe a colocação de madeira e produtos extraídos ilegalmente no mercado da UE. Em 2019, a Comissão adotou várias iniciativas para lidar com crises ambientais globais, incluindo ações específicas sobre o desmatamento no âmbito do Aumento da Ação da UE para Proteger e Restaurar as Florestas do Mundo e do Pacto Verde Europeu.

Em novembro de 2021, a Comissão Europeia propôs o Regulamento Anti-Desmatamento da União Europeia (EUDR). A Comissão Europeia, o Parlamento e o Conselho anunciaram, em 6 de dezembro de 2022, um acordo político informal dentro do trílogo sobre um texto de compromisso para o regulamento sobre produtos livres de desmatamento. O Parlamento Europeu aprovou formalmente o texto do EUDR em 19 de abril de 2023. As propostas legislativas foram aprovadas sem modificações, confirmando os textos negociados anteriormente em seus respectivos trílogos. O texto aprovado na sessão plenária do Parlamento Europeu reflete em grande parte o relatório da Comissão de Meio Ambiente, Saúde Pública e Segurança Alimentar (ENVI), votado em 12 de julho de 2022. As negociações sobre a lei anti-desmatamento foram concluídas em dezembro de 2022.

O Conselho da UE aprovou o EUDR em 16 de maio de 2023. Vinte e dois estados membros votaram a favor da medida, não houve votos contrários e cinco se abstiveram

¹³³ OECD. Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct. Paris, 2018. Disponível em: <<https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>>.

(Bulgária, Finlândia, Letônia, Polônia e Suécia). A aprovação do Conselho constituiu a etapa final do processo legislativo, seguindo a aprovação do Parlamento em 19 de abril de 2023. O regulamento foi publicado no Jornal Oficial da UE e entrou em vigor 20 dias depois (Art. 38), em 29 de junho de 2023. No entanto, a maioria das obrigações só será aplicável após um período de carência de 18 meses (Art. 38(2)), em 30 de dezembro de 2024, e em 30 de junho de 2025 (transição de 24 meses), para micro e pequenas empresas.

Legislação semelhante está sendo desenvolvida em outros países: os EUA estão discutindo uma proposta bipartidária (2020), a Associação de Carne da China planeja adotar um sistema de *due diligence* semelhante, e o Reino Unido aprovou (2021) legislação para combater o desmatamento. A proliferação dessas medidas pode criar um processo de fragmentação dos processos de certificação extremamente custoso para produtores brasileiros, que seriam submetidos a diferentes processos burocráticos para exportar para cada um dos países.

As avaliações de impacto preparadas pela Comissão Europeia confirmam o Brasil como o principal exportador potencialmente afetado, em termos de volume e valor comercial. Com base em dados de 2021, considerando a lista inicial de *commodities*, a Missão brasileira junto à União Europeia estima que cerca de 36% das exportações brasileiras para a UE poderiam ser afetadas pela legislação, correspondendo a um valor de USD 13 bilhões.

O impacto por setor pode ser compreendido através de uma descrição do fluxo comercial entre a UE e o Brasil¹³⁴. A UE é o segundo principal destino das exportações brasileiras de soja, representando 14% em 2022 (USD 8,8 milhões). Também constitui mais de 51% das exportações totais de café do Brasil (USD 4,3 bilhões), o terceiro principal destino para madeira, celulose e derivados exportados pelo Brasil (19%, USD 3,3 bilhões), e o segundo principal destino para exportações brasileiras de gado, carne e couro (6%, quase USD 1 bilhão). Em 2022, a UE importou o equivalente a USD 73,5 milhões em borracha e derivados listados no EUDR, 4% das exportações totais do Brasil para o ano. A UE é o segundo principal destino para óleo de palma e derivados exportados pelo Brasil (15%, quase USD 50 milhões). Em 2022, a UE importou USD 17 milhões em cacau e produtos de cacau, o que representou 5% das exportações totais do Brasil.

2.2. Dispositivos

¹³⁴ CEPEA. PIB do agronegócio brasileiro. CEPEA - Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada, 2023.

O EUDR estabelece regras sobre a colocação e disponibilização no mercado da União, bem como a exportação da União, de produtos listados no Anexo I, que contenham, tenham sido alimentados com ou tenham sido feitos usando sete *commodities*: gado, cacau, café, óleo de palma, borracha, soja e madeira, e produtos derivados, como couro, cosméticos, chocolate, etc. Ao longo dos próximos dois anos, será realizada uma revisão, que poderá adicionar *commodities* a essa lista.

O EUDR adota a definição de floresta da FAO "terra com mais de 0,5 hectares com árvores mais altas que 5 metros e cobertura de dossel superior a 10%, ou árvores capazes de atingir esses limites *in situ*. Não inclui terras predominantemente utilizadas para fins agrícolas ou urbanos"¹³⁵. O Escritório de Estatística da UE (EUROSTAT) e a *Forest Europe* utilizam a mesma definição. Para atender aos requisitos do regulamento, a madeira precisa atender a dois critérios: i) ela precisa ser proveniente de terras não sujeitas a desmatamento; e ii) precisa ser colhida sem causar degradação florestal.

O novo regulamento exigirá que qualquer empresa que importe ou exporte essas *commodities* da UE prove que os produtos são livres de desmatamento. De acordo com o artigo 2 (3), 'desmatamento' significa a conversão de floresta para uso agrícola, seja induzido pelo homem ou não. Essa proibição se aplica a qualquer empresa, independentemente de ser baseada na UE ou não. Segundo o regulamento, qualquer operador ou comerciante que coloque essas *commodities* no mercado da UE ou as exporte deve ser capaz de provar que os produtos não têm origem em terras recentemente desmatadas ou contribuíram para a degradação florestal.

O regulamento define um produto como livre de desmatamento quando o próprio produto, seus ingredientes ou seus derivados não foram produzidos em terras sujeitas a desmatamento ou degradação florestal após a data limite de 31 de dezembro de 2020. Essa data limite é discriminatória, pois favorece países que já desmataram seus territórios, como os da Europa. Embora os produtos fabricados dentro da UE estejam sujeitos aos mesmos requisitos que os produtos fabricados fora da UE, o impacto nos países não europeus será muito maior.

O Artigo 2 (15) do regulamento define um operador como uma pessoa física ou jurídica que coloca produtos relevantes no mercado da União ou os exporta do mercado da União no curso de atividade comercial. As obrigações dos operadores variam de acordo com seu tamanho: eles podem ser Pequenas e Médias Empresas (PMEs) ou grandes empresas. Por força do artigo 5(1) do regulamento, as obrigações dos grandes comerciantes são as mesmas que as

¹³⁵ FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. Global Forest Resources Assessment. Rome, 2018, p. 4.

dos grandes operadores finais: a) eles precisam apresentar uma declaração de *due diligence*; b) eles precisam verificar o *due diligence* previamente realizado na cadeia de suprimentos; c) eles são responsáveis em caso de violação do regulamento.

Embora a União ainda não tenha desenvolvido nenhuma metodologia de *benchmarking*, um sistema de *benchmarking* operado pela Comissão classificará países, ou partes deles, em três categorias (alto, padrão e baixo risco), de acordo com o nível de risco de produção de *commodities* nesses países. Os critérios para a identificação do perfil de risco dos países são definidos no Artigo 29 do regulamento. O Artigo 29 (2) obriga a Comissão a desenvolver um sistema e publicar a lista de países em 18 meses após a entrada em vigor do EUDR. Será baseado em uma análise de avaliação, levando em consideração as últimas evidências científicas de fontes reconhecidas internacionalmente.

O EUDR regula as obrigações de *due diligence*, avaliação de riscos e mitigação de riscos para operadores. Como regra geral, os operadores (e comerciantes que não são PMEs) terão que estabelecer e manter um Sistema de *Due Diligence*, que consiste em três etapas.

Na primeira etapa, os operadores precisariam coletar as informações mencionadas no Artigo 9, como a *commodity* ou produto que pretendem colocar ou exportar para o mercado da União, incluindo sob procedimentos aduaneiros de 'liberação para livre circulação' e 'exportação', bem como a quantidade, fornecedor, país de produção, evidência de colheita legal, entre outros. Um requisito-chave, nesta etapa, é obter as coordenadas geográficas das propriedades rurais onde a *commodity* relevante foi produzida e fornecer informações relevantes - produto, quantidade, país de produção, coordenadas de geolocalização - na declaração de *due diligence* a ser enviada via um “Sistema de Informação”. Se o operador (ou comerciantes que não são PMEs) não puder coletar as informações necessárias, deve abster-se de colocar os produtos afetados no mercado da União ou exportar a partir dele. Não o fazer resultaria em violação do regulamento, o que poderia levar a sanções potenciais.

Na segunda etapa, as empresas precisarão inserir as informações coletadas na primeira etapa na coluna de avaliação de riscos de seus Sistemas de *Due Diligence* para verificar e avaliar o risco de entrada de produtos não conformes na cadeia de suprimentos, levando em consideração os critérios descritos no Artigo 10. Os operadores precisam demonstrar como as informações coletadas foram verificadas em relação aos critérios de avaliação de riscos e como determinaram o risco.

Na terceira etapa, eles precisarão tomar medidas de mitigação adequadas e proporcionais caso encontrem, na segunda etapa, mais do que um risco negligenciável de não

conformidade, para garantir que o risco se torne negligenciável, levando em consideração os critérios descritos no Artigo 11. Essas medidas precisam ser documentadas.

Os operadores que adquirirem commodities exclusivamente de áreas classificadas como baixo risco estarão sujeitos a obrigações simplificadas de *due diligence*. De acordo com o Artigo 13, eles precisarão coletar informações de acordo com o Artigo 9, mas não serão obrigados a avaliar e mitigar riscos (Artigos 10 e 11), a menos que o operador seja informado sobre um risco de que os produtos relevantes não estejam em conformidade com este regulamento (Artigo 13.2).

Perfil de Risco	Declaração de Due Diligence	Avaliação de Risco	Auditoria Independente	Quantidade inspecionada
Alto	Sim	Sim	Sim	9% dos produtos
Padrão	Sim	Sim	Sim	3% dos produtos
Baixo	Sim (simplificado)	Não	Não	1% dos produtos

Uma vez adotado pelos Estados-Membros, o Regulamento será inspecionado pelas autoridades relevantes de cada Estado-Membro. Para apoiar os Estados-Membros, será estabelecido um sistema *online* para facilitar a troca de informações sobre produtos colocados no mercado da UE.

As penalidades para empresas que violarem o EUDR incluem i) suspensão de importações, apreensão ou destruição de produtos, ii) uma multa de até 4% do lucro anual do operador, iii) confisco das receitas obtidas de *commodities* vinculadas ao desmatamento, e iv) exclusão do operador de procedimentos de compras públicas.

3. POR QUE O REGULAMENTO É ILEGAL?

A legislação europeia, além de conflitar com os princípios que regem o comércio internacional e com os entendimentos multilaterais sobre clima e biodiversidade, é punitiva e discriminatória. Apresenta incompreensões e desequilíbrios nos aspectos econômicos, sociais e ambientais do problema que pretende abordar, de uma maneira incompatível com a garantia efetiva do desenvolvimento sustentável.

Essa legislação desconsidera as circunstâncias locais, a legislação nacional e os mecanismos de certificação dos países em desenvolvimento, bem como seus esforços para combater o desmatamento e os compromissos assumidos em fóruns multilaterais, incluindo o

princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas (CBDR). Além disso, estabelece um sistema unilateral de avaliação de riscos que é intrinsecamente discriminatório e punitivo, o que é inconsistente com as obrigações da OMC.

O EUDR viola o princípio da nação mais favorecida (NMF), pois impõe um custo aos exportadores brasileiros (criando um sistema de rastreamento paralelo aos que já existem no Brasil) que não existe para os produtores europeus, que não são obrigados a seguir os sistemas europeu e brasileiro simultaneamente. O EUDR também viola o princípio do tratamento nacional, pois cria uma diferenciação exclusiva para países fora da UE, categorizando-os entre perfis de alto, padrão e baixo risco.

Outro problema é que o EUDR não contribui para combater o desmatamento. De acordo com um seminário de consulta pública no Congresso Nacional¹³⁶, o EUDR teria protegido apenas 0,02% do desmatamento ocorrido para o cultivo de soja entre 2008 e 2020 no Cerrado brasileiro. No mesmo período, tanto nos biomas Amazônia quanto Cerrado, 80% da produção de soja e 83% da produção de carne foram realizadas sem qualquer relação com desmatamento ilegal. Por fim, 85% das propriedades rurais na Amazônia e 80% no Cerrado não foram desmatadas desde 2008.

3.1. **Desmatamento ilegal e legal**

Embora a UE se recuse a reconhecer a distinção brasileira entre desmatamento legal e ilegal, ela cria seu próprio conceito - vinculado às suas prioridades - de desmatamento legal. Sem usar esse nome específico, a UE aceita que o desmatamento pode ocorrer no caso de desenvolvimento urbano e de implementação de infraestrutura. De acordo com o artigo 2 (3) do Regulamento, "o desmatamento é definido como conversão para uso agrícola". A conversão para outros usos, como desenvolvimento urbano ou infraestrutura, não se enquadra na definição. Segundo as perguntas frequentes (FAQ) publicadas pela Comissão, a madeira de uma floresta que foi legalmente colhida para construir uma estrada estaria em conformidade com o Regulamento. Se a UE reconhece a possibilidade de interesses legítimos de acordo com sua legislação, ela também deveria reconhecer a definição brasileira de desmatamento legal, conforme estabelecido em nosso Código Florestal de 2012.

¹³⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Impactos do regulamento da União Europeia contra o desmatamento - Comissões de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural; e de Indústria, Comércio e Serviços, 11/07/2023. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/68842>>.

3.2. **Direitos de privacidade**

A UE impôs unilateralmente a exigência de rastreamento de origem usando a geolocalização de onde os produtos são cultivados. Essa obrigação se aplica a todos os agricultores, incluindo milhões de pequenos agricultores no Sul Global que possuem aproximadamente um hectare de terra ou menos. Todos eles deveriam comprar *smartphones* e georreferenciar suas fazendas para seus dados serem conhecidos, processados, verificados e inspecionados por autoridades da UE. Isso é feito sem consideração pelas leis de privacidade de dados dos países exportadores. Enquanto isso, a UE mantém regulamentações rigorosas em relação ao georreferenciamento comunitário. Os Artigos 7 e 8 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE servem como base legal para proteger a privacidade e os dados pessoais europeus. Todo o arcabouço de proteção de dados na UE, que se baseia nesses "valores indivisíveis e universais", é refletido em duas leis distintas de privacidade: a Diretiva *ePrivacy* (ePD) e o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR). Essas leis governam como os dados podem ser coletados, processados e armazenados. Elas concedem aos indivíduos na UE direitos como o direito de consentimento prévio antes de terem seus dados processados, o direito de acesso aos seus dados coletados e o direito de exclusão de seus dados coletados. A Comissão fornecerá acesso ao público em geral aos conjuntos de dados completos de milhões de produtores brasileiros. Pela legislação europeia, forçar agricultores estrangeiros a renunciar à privacidade de seus dados seria uma violação de seus direitos humanos fundamentais.

3.3. **Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT/94)**

O EUDR é inconsistente com o artigo XX do GATT/94. Os membros da OMC podem adotar medidas relacionadas ao comércio para proteger o meio ambiente, a saúde e a vida humana apenas se essas medidas estiverem em conformidade com as regras do GATT. No primeiro caso decidido pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC, EUA - Gasolina, o Órgão de Apelação (OA) afirmou a autonomia dos membros da OMC para determinar as próprias políticas ambientais. No entanto, alertou que era necessário manter um equilíbrio entre as obrigações de acesso ao mercado, por um lado, e o direito dos membros de invocar as justificativas ambientais previstas no GATT, por outro, para que um objetivo não seja erodido ou comprometido pela busca de outro. O Artigo XX sobre Exceções Gerais estabelece várias hipóteses específicas em que os membros da OMC podem ser isentos de suas regras. O Artigo XX(b) permite que os membros da OMC justifiquem medidas incompatíveis com o GATT, desde que sejam necessárias para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou

vegetal. Acreditamos que este não é o caso do EUDR. O regulamento afetará desproporcionalmente os países em desenvolvimento que ainda não desmataram e não afetará os países desenvolvidos que desmataram anos atrás. Indonésia e Malásia já contestaram uma versão anterior desse mesmo tipo de regulamento como ilegalmente discriminatória (União Europeia — Certas Medidas, Pedido de Consultas pela Indonésia, WT/DS593/1, 2019). O EUDR não constitui uma exceção legítima ao artigo XX(b), pois legaliza o desmatamento europeu que ocorreu anos atrás e discrimina ilegalmente produtos de países em desenvolvimento.

3.4. **Acordo sobre Agricultura (AA)**

O EUDR viola o artigo 4 do AA. O artigo 4.2 do Acordo sobre Agricultura regula o acesso a mercado de produtos agrícolas. Durante a Rodada do Uruguai, os negociadores identificaram certas medidas fronteiriças que têm em comum o fato de restringirem o volume ou distorcerem o preço das importações de produtos agrícolas. Os negociadores decidiram que essas medidas fronteiriças deveriam ser convertidas em tarifas aduaneiras comuns, com o objetivo de garantir um acesso aprimorado ao mercado para tais importações. Assim, eles previam que as tarifas aduaneiras comuns se tornariam a única forma de protecionismo. Como as tarifas aduaneiras comuns são mais transparentes e mais facilmente quantificáveis do que as barreiras não tarifárias, também são mais facilmente comparáveis entre parceiros comerciais e, assim, o montante máximo dessas tarifas pode ser mais facilmente reduzido em futuras negociações comerciais multilaterais. Portanto, o artigo 4.2 do AA é a norma para exigir a conversão em tarifas aduaneiras comuns de certas barreiras ao acesso a mercado que afetam as importações de produtos agrícolas. Ao propor regras diferenciadas de *due diligence* e controle aduaneiro, com base na classificação do sistema de *benchmarking*, o EUDR criará uma estratégia barreiras não tarifárias baseada em um sistema discricionário de licenciamento de importação que é inconsistente com o AA.

3.5. **Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT)**

O EUDR é inconsistente com o artigo 2 do TBT. O artigo 2.1 reconhece um tratamento nacional e uma obrigação de tratamento da nação mais favorecida (MFN) (Relatório AB, EUA - Clove Cigarettes). A obrigação de tratamento da nação mais favorecida proíbe a discriminação por meio de regulamentos técnicos entre produtos semelhantes importados de diferentes países, enquanto a obrigação de tratamento nacional proíbe a discriminação entre produtos semelhantes

domésticos e importados (Relatório AB, EUA - COOL). O Acordo TBT deixa claro que os regulamentos técnicos podem buscar seus objetivos, desde que não sejam aplicados de maneira que constitua um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países onde as mesmas condições prevalecem, ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional (Relatório AB, EUA - Clove Cigarettes). O EUDR é ilegal porque modifica as condições de competição em detrimento dos produtos importados em relação a produtos semelhantes de origem doméstica e/ou produtos semelhantes originários de qualquer outro país.

Argumentamos que esse é o caso das declarações de *due diligence* exigidas pelo EUDR. Em US - Tuna II (México), o AB declarou que a ausência do rótulo "seguro para golfinhos" em produtos de atum contendo atum capturado com golfinhos tinha um impacto prejudicial nas oportunidades competitivas dos produtos de atum mexicanos no mercado dos EUA. Especificamente sobre a questão de se o impacto prejudicial nos produtos de atum mexicanos resultou da própria medida em vez das ações de partes privadas, o Órgão de Apelação afirmou que, embora as decisões dos consumidores dos EUA de comprar produtos de atum "seguros para golfinhos" fossem resultado de suas próprias escolhas, e não da medida, era a medida em si que controlava o acesso ao rótulo e permitia aos consumidores expressar suas preferências por atum "seguro para golfinhos".

Outro problema do EUDR é que ele não reconhece a existência de procedimentos de certificação semelhantes no Brasil. Em geral, a ideia de equivalência consiste em os governos reconhecerem as medidas de outros países como aceitáveis, mesmo que sejam diferentes das suas, contanto que um nível equivalente de proteção seja fornecido. Especificamente no âmbito das barreiras técnicas (art. 2.7 do Acordo TBT), "os membros devem considerar positivamente a aceitação de regulamentos técnicos de outros Membros, mesmo que estes difiram dos seus próprios, desde que estejam satisfeitos de que esses regulamentos atendem adequadamente aos objetivos de seus próprios regulamentos". Para evitar a criação de medidas que tenham um impacto prejudicial nas condições de competição dos países não europeus, a UE deve reconhecer regulamentos técnicos equivalentes de países em desenvolvimento. O Brasil já possui sistemas confiáveis de rastreamento e dados de desmatamento, como o Projeto de Monitoramento do Desmatamento da Amazônia Legal por Satélite (PRODES) e o Cadastro Ambiental Rural (CAR).

4. **COMO O BRASIL DEVERIA RESPONDER?**

O Brasil se encontra em uma encruzilhada com o regulamento discriminatório de não desmatamento da União Europeia, o que tem levantado preocupações sobre a sustentabilidade das exportações brasileiras. Para abordar efetivamente essa questão, o Brasil deveria adotar uma abordagem que combine esforços diplomáticos, diálogo construtivo e ações assertivas.

4.1. **Diálogo diplomático com a União Europeia**

O Brasil deve manter um diálogo diplomático com as instituições da União Europeia, enfatizando a importância da colaboração na abordagem das questões relacionadas ao desmatamento. Por meio de negociações, o Brasil pode trabalhar rumo a uma solução mais equitativa que respeite tanto as preocupações ambientais quanto seus interesses econômicos. O diálogo construtivo pode levar a compromissos que beneficiem ambas as partes. A Comissão e outras instituições da UE devem envolver-se em um diálogo mais significativo e aberto com os países produtores do que tem sido promovido até agora. A UE deve trabalhar para corrigir sua legislação, ou pelo menos buscar mitigar seus impactos mais prejudiciais por meio de diretrizes de implementação que valorizem adequadamente as práticas sustentáveis locais nas cadeias de valor agrícola, tanto as já aplicadas quanto as em fase de desenvolvimento, e evitem perturbações no comércio, incluindo ônus administrativos excessivos relacionados a requisitos de geolocalização e rastreabilidade, certificação e controle aduaneiro.

A abordagem inflexível adotada pela UE, implementada por meio de seu modelo de *due diligence* e rastreabilidade, ignora diferentes condições locais e, inevitavelmente, imporá custos significativos tanto aos países exportadores quanto aos importadores. Embora esses custos sejam certos, consideramos que a legislação sozinha não terá impacto positivo nas taxas de desmatamento e pode até mesmo gerar outros efeitos adversos, como aumento da pobreza, desvio de recursos e atraso na consecução dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), principalmente o objetivo número dois, que busca acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhorar a nutrição, e promover a agricultura sustentável.

Os pequenos produtores são especialmente vulneráveis ao EUDR e necessitam de apoio especial. A UE deve reconhecer os esforços feitos pelos países em desenvolvimento para melhorar seus meios de vida e práticas de sustentabilidade, bem como os desafios significativos enfrentados por esses produtores, como acesso limitado a financiamento, novas tecnologias, treinamento e assistência técnica. Os pequenos produtores podem acabar sendo excluídos das cadeias de valor internacionais, não porque desmataram suas terras, mas porque não conseguiram cumprir os rigorosos requisitos impostos pelo EUDR. Isso privaria injustamente

os pequenos produtores de uma fonte importante de renda e subsistência, e até mesmo afetaria sua capacidade de adotar práticas sustentáveis. Seria fundamental que a Comissão formulasse atos e diretrizes de implementação claros e detalhados, nos quais regimes diferenciados *due diligence* sejam previstos para produtos e bens originários de pequenos produtores em países em desenvolvimento, considerando que as PMEs europeias receberão tratamento mais flexível.

4.2. Alianças com países em desenvolvimento (PEDs)

O Brasil deve formar alianças com outros países em desenvolvimento que também são impactados pelo EUDR. Esforços colaborativos podem fortalecer o poder de barganha coletivo e permitir que apresentem uma frente unida nas negociações com a UE. Essa coalizão pode advogar conjuntamente por práticas comerciais justas que não afetem desproporcionalmente as economias dos países em desenvolvimento. A coordenação com outros países produtores também será importante para pressionar a Comissão Europeia contra quaisquer medidas de implementação que possam ser arbitrárias, não transparentes, discriminatórias ou baseadas em dados incompletos ou incorretos. Iniciativas como a Cúpula da Amazônia e as cartas assinadas com outros países em desenvolvimento¹³⁷ devem ser fortalecidas. O MERCOSUL é outra instituição na qual o Brasil deve buscar apoio político para combater o regulamento. Além disso, quanto mais países criticarem o EUDR, mais as associações locais de produtores poderão ajudar a financiar um caso na OMC.

4.3. Sistema de solução de controvérsias (SSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC)

O Brasil deve intensificar seus esforços dentro da Organização Mundial do Comércio (OMC) para lidar com o EUDR. Isso pode ser alcançado concentrando-se em quatro instituições-chave da OMC: o Comitê da Agricultura¹³⁸, o Comitê de Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), as Discussões Estruturadas sobre Comércio e Sustentabilidade Ambiental

¹³⁷ Em 07 de setembro de 2023, o Brasil e outros países em desenvolvimento entregaram Carta a autoridades da União Europeia, questionando o EUDR. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/carta-de-paises-em-desenvolvimento-a-autoridades-europeias-sobre-a-entrada-em-vigor-da-chamada-201clei-antidesmatamento201d-da-uniao-europeia>.

¹³⁸ Em 28 de setembro de 2023, depois de apresentação de seminário desta disciplina que conduziu às reflexões registradas neste artigo, a Missão brasileira junto à OMC, em Genebra, apresentou a carta de 7 de setembro e copatrocinou declaração do Grupo de Cairns (19 membros) sobre sustentabilidade na agricultura, de forma a externar preocupação quanto ao protecionismo agrícola europeu. Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/medidas-do-brasil-junto-ao-comite-da-agricultura-da-omc-a-respeito-da-lei-antidesmatamento-da-ue>.

(TESSD)¹³⁹ e o Conselho Geral. O Brasil deve levar a questão à atenção do mais alto órgão decisório da OMC para enfatizar a gravidade da situação.

Como último recurso, o Brasil deve considerar a abertura de um painel na OMC para contestar formalmente o EUDR. Se necessário, devemos usar o Arranjo Provisório de Arbitragem-Apeleção (MPIA), para ter acesso a um processo de apelação independente. Se o EUDR for considerado inconsistente com as regras da OMC, o Brasil deve retaliar as indústrias europeias cujas produções não são sustentáveis. Ter uma opinião favorável do painel ou mesmo um Relatório do MPIA afirmando que o EUDR viola as regras da OMC nos daria *leverage* nas negociações, para forçar a Europa a ceder.

4.4. Utilização da política comercial para concretização de objetivos de política externa

Seguindo o exemplo da União Europeia, o Brasil deveria utilizar sua política comercial para defender a imagem de um país sustentável e inovador. Em vez de manter-se na defensiva, simplesmente reagindo à ofensiva europeia, marcada tanto pelo EUDR quanto pela *side letter* ao Acordo MERCOSUL-UE, o Brasil deveria desenvolver instrumentos de política comercial que punam processos produtivos europeus poluidores e prejudiciais ao meio ambiente.

5. CONCLUSÃO

Apesar das atuais discordâncias em questões ambientais, não parece haver dúvida sobre os elementos que aproximam o Brasil e a União Europeia (UE). Ambos têm padrões ambientais ambiciosos, uma sociedade civil atenta às mudanças climáticas e à conservação ambiental, uma academia e setor empresarial ativos nessas questões, além de participação ativa nos principais fóruns ambientais multilaterais. O estreitamento das relações entre os dois dependerá, no entanto, de alcançar um equilíbrio entre, por um lado, as muitas oportunidades de cooperação bilateral e multilateral e, por outro lado, a tendência da UE de conduzir-se cada vez mais por meio de políticas unilaterais punitivas, com um viés claramente discriminatório contra países tropicais com grande capacidade de exportação, especialmente na agricultura.

O protecionismo verde é mais uma tentativa de ingerência em assuntos internos, por meio da instrumentalização de um tema legítimo, que é a agenda ambiental. A postura do Brasil deve ser antropófaga: devemos deglutir a pressão dos países desenvolvidos e transformá-la em

¹³⁹ WTO. Trade and Environmental Sustainability Structured Discussions (TESSD), 2022. Disponível em: <https://wto plurilaterals.info/plural_initiative/trade-and-environmental-sustainability-structured-discussions-tessd/>.

uma política ambiental genuinamente nacional¹⁴⁰. Como no ritual eucarístico tupinambá, o País deve absorver o estrangeiro e propor algo novo, e não sucumbir a pressões externas de países que possuem matrizes energéticas mais sujas e territórios mais devastados que o brasileiro.

REFERÊNCIAS

BOUISSOU, Julien. **Comment la montée du protectionnisme vert pénalise les pays pauvres**. Le Monde, France: 2023. Disponível em:

<https://www.lemonde.fr/economie/article/2023/06/21/comment-la-montee-du-protectionnisme-vert-penalise-les-pays-pauvres_6178593_3234.html>.

CEPEA. **PIB do agronegócio brasileiro**. CEPEA - Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada, 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Impactos do regulamento da União Europeia contra o desmatamento - Comissões de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural; e de Indústria, Comércio e Serviços, 11/07/2023. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/68842>>.

CHARNOVITZ, S. **"The WTO's Environmental Challenge."** Journal of International Economic Law, 5(3), 2002.

ERIXON, Fredrik. **The rising trend of green protectionism: Biofuels and the European Union**. Brussels: European Centre for International Political Economy's Occasional Paper, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10419/174717>>.

EUROPEAN COMMISSION. **An EU approach to enhance economic security**. 2023. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_23_3358>.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. **Global Forest Resources Assessment**. Rome, 2018.

GHISLENI. Memórias do Brasil na OMC: **Entrevista – Embaixador Alexandre Peña Ghisleni**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=9lnSN-0hhoA>>.

LAGO, André Aranha Corrêa do. **Conferências de desenvolvimento sustentável**. Brasília: FUNAG, 2013.

NYE Jr., J. S. **Soft power: the means to success in world politics**. New York: PublicAffairs, 2004.

OECD. **Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct**. Paris, 2018. Disponível em: <<https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>>.

¹⁴⁰ Lago, André Aranha Corrêa do. Conferências de desenvolvimento sustentável. Brasília: FUNAG, 2013, pp. 188-189.

THORSTENSEN, Vera, *et al.* Vanguardismo Ambiental e Protecionismo Comercial na União Europeia e nos Estados Unidos. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2022. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10991/3/publicacao_preliminar_vanguardismo_ambiental_e_proteccionismo.pdf>.

WTO. Trade and Environmental Sustainability Structured Discussions (TESSD). 2022. Disponível em: <https://wtoplurilaterals.info/plural_initiative/trade-and-environmental-sustainability-structured-discussions-tessd/>.

WTO. World Trade Report 2022 - Climate change and international trade. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr22_e.htm>.

4. OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19, DAS TENSÕES GEOPOLÍTICAS E PREOCUPAÇÕES COM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NAS CADEIAS GLOBAIS DE VALOR: DESAFIOS, PERSPECTIVAS E TENDÊNCIAS

4. THE EFFECTS OF THE COVID-19 PANDEMIC, GEOPOLITICAL TENSIONS AND CONCERNS ABOUT SUSTAINABLE DEVELOPMENT ON GLOBAL VALUE CHAINS: CHALLENGES, PERSPECTIVES AND TRENDS

Isabelle Ruiz Guero

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A configuração das cadeias globais de valor; 2.1. A participação de países em desenvolvimento nas cadeias globais de valor: contribuições e desafios para o desenvolvimento econômico; 3. O papel dos impactos da pandemia de covid-19, dos conflitos geopolíticos e das preocupações quanto ao desenvolvimento sustentável na reconfiguração das cadeias globais de valor; 4. Conclusão.

RESUMO: Este artigo oferece uma visão geral da ascensão das Cadeias Globais de Valor (CGVs) como um paradigma transformador, impulsionado pela globalização e pela interdependência econômica e explora os choques sofridos por estas diante da pandemia de COVID-19, tensões geopolíticas e preocupações quanto a sustentabilidade, as possíveis tendências para eventual reorganização da ordem econômica global de produção e reflexões sobre as respostas para futuras crises.

Palavras-chave: Cadeias Globais de Valor (CGVs); Globalização; Comércio internacional; Reconfiguração; *Reshoring*; *Nearshoring*; Pandemia de COVID-19; Tensões geopolíticas; Sustentabilidade.

ABSTRACT: This article provides an overview of the rise of Global Value Chains (GVCs) as a transformative paradigm, driven by globalization and economic interdependence, and explores the impacts they have suffered in the face of the COVID-19 pandemic, geopolitical tensions, and sustainability concerns, possible trends for the eventual reorganization of the global economic order of production, and reflections on responses to future crises.

KEYWORDS: Global Value Chains (GVCs); Globalization; International trade; Reconfiguration; *Reshoring*; *Nearshoring*; COVID-19 Pandemic; Geopolitical tensions; Sustainability.

1. INTRODUÇÃO

A globalização, impulsionada pela redução nos custos de transporte e revolução tecnológica, delineou um novo panorama na economia global durante o final do século XX. Esse movimento levou nações a fragmentarem suas cadeias de produção de bens e serviços em

escala mundial, operando de forma interdependente¹⁴¹. O comércio internacional emergiu como o principal instrumento para obter-se peças, componentes e insumos de diferentes regiões. As diversas etapas produtivas que compõe um produto final, executadas por vários fornecedores dispersos globalmente, são coordenadas por uma “empresa líder” de cadeia internacional – geralmente uma grande empresa multinacional ou conglomerado empresarial. Esse encadeamento dessas atividades configuram as cadeias globais de valor (CGVs)¹⁴².

Em 2020, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estimou que 70% do comércio internacional envolvia a troca de matérias-primas, partes, peças componentes, bens intermediários e prestação de serviços, enquanto um terço da produção mundial estava concentrado em empresas multinacionais¹⁴³.

Apesar da fragmentação da produção mundial ser uma oportunidade de maior participação de países em desenvolvimento, estes enfrentam inúmeros desafios para obter-se maiores ganhos em termos de desenvolvimento econômico.

Embora a configuração da produção em CGVs seja uma realidade comum, alguns eventos abalaram a confiança nesse sistema, tais como a pandemia de COVID-19 e conflitos geopolíticos recentes, como a guerra comercial entre Estados Unidos e China e o conflito militar entre Rússia e Ucrânia. Estes acontecimentos somados às crescentes preocupações com formas de produção e consumos sustentáveis, reacenderam o debate sobre a possível reorganização das CGVs, como forma de mitigar riscos de interrupções e choques na oferta e demanda. A reorganização garantiria também maior proximidade com os mercados consumidores e suas necessidades de abastecimento.

Diante dessa tendência de repensar a lógica de produção, o presente artigo visa, em seu segundo capítulo, analisar a configuração das cadeias globais de valor, bem como os ganhos e desafios enfrentados pelos países em desenvolvimento e países emergentes ao integrarem essas cadeias. Em seguida, o terceiro capítulo examina os impactos das tensões geopolíticas, sanitárias e preocupações com desenvolvimento sustentável na tomada de decisão de governos

¹⁴¹ GEREFFI, Gary; e KAPLINSKY, Raphael (2001). Introduction: Globalisation, Value Chains and Development. Institute of Development Studies Bulletin 32.3, 2001. Disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1759-5436.2001.mp32003001.x>

¹⁴² DIVISION, Department of Economic and Social Affairs - Statistics. Accounting for Global Value Chains: GVC Satellite Accounts and Integrated Business Statistics. United Nations. New York, 2021. Disponível em: https://unstats.un.org/unsd/business-stat/GVC/Accounting_for_GVC_web.pdf

¹⁴³ DEVELOPMENT, Organization for Economic Cooperation and. COVID-19 and global value chains: Policy options to build more resilient production networks. OECD Publishing. Paris, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-global-value-chains-policy-options-to-build-more-resilient-production-networks-04934ef4/>.

e empresas. Por fim, o quarto capítulo do artigo buscará trazer a perspectiva de algumas organizações internacionais e acadêmicos diante dessa tendência recente.

2. A CONFIGURAÇÃO DAS CADEIAS GLOBAIS DE VALOR

O surgimento do conceito das CGVs emergiu no final nos anos 90, em uma época marcada pela redução das barreiras comerciais, o nascimento da Organização Mundial do Comércio e recomendações políticas associadas ao “Washington Consensus”, que previa que os governos deveriam orientar suas ações para a formulação de políticas “horizontais”, que se concentrassem nos componentes para tornar-se uma econômica nacional competitiva, como os setores de educação, saúde, infraestrutura e estabilidade macroeconômica, e se manterem seus mercados abertos para o comércio para se desenvolverem mais¹⁴⁴.

As cadeias globais de valor compreendem o conjunto de atividades, desempenhadas por uma ou mais empresas e trabalhadores, para a produção de um bem e entrega ao usuário final. Este processo de produção se dá de forma fragmentada, baseada no modelo fordista de produção e, em cada estágio, agregam-se insumos ou produtos intermediários, como peças e componentes, que vão compondo o valor adicionado. Etapas como pesquisa e desenvolvimento (P&D), design, produção, marketing, distribuição e suporte ao consumidor final, por exemplo, são desempenhadas por diversas empresas¹⁴⁵. Assim, quando esse encadeamento de atividades se distribui além das fronteiras de um único país, decorrente do fluxo de terceirização de estágios produtivos, temos configurada uma cadeia global de valor (CGV)¹⁴⁶.

Impulsionadas frequentemente por *offshoring* (ou deslocalização) e *outsourcing* (terceirização), as CGVs contam com a presença crescente de multinacionais em busca de

¹⁴⁴ GEREFFI, Gary. Global Value Chains, Development and Emerging Economies. Inclusive and Sustainable Industrial Development Working Paper Series WP 18, 2015. Center on Globalization Governance & Competitiveness Duke University; United Nations Industrial Development Organization. Vienna, 2015. Disponível em https://www.unido.org/sites/default/files/2016-01/WP_18_0.pdf.

¹⁴⁵ GEREFFI, Gary e FERNANDEZ-STARK, Karina. Global Value Chain Analysis: A Primer, 2nd Edition. The Duke Center on Globalization, Governance & Competitiveness, 2016. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/305719326_Global_Value_Chain_Analysis_A_Primer_2nd_Edition.

¹⁴⁶ MEYER, Camila. As Cadeias Globais de Valores e os desafios para os países que desejam fazer parte de um modelo de fragmentação da produção. Apex Brasil. Disponível em: <https://portal.apexbrasil.com.br/as-cadeias-globais-de-valores-e-os-desafios-para-os-paises-que-desejam-fazer-parte-de-um-modelo-de-fragmentacao-da-producao/>.

ampliação de mercado, redução de custos e aumento da capacidade produtiva¹⁴⁷. A governança exercida pela empresa líder, geralmente sediada em países desenvolvidos, determina contratos, fornecedores envolvidos na cadeia, prazos e preços¹⁴⁸. Detentoras dos direitos de propriedade intelectual, design, responsáveis por P&D e experiência pós-venda do consumidor¹⁴⁹, essas empresas retêm a maior parte dos ganhos nesses países desenvolvidos¹⁵⁰, não o distribuindo consideravelmente ao longo da cadeia produtiva. Além disso, o exercício da governança cria efeitos sobre as cadeias produtivas com a adoção de padrões globais de normas ambientais ou trabalhistas, controle de qualidade, e outras demandas estabelecidas pelas empresas líderes de cadeias internacionais que estabelecem operações em novos territórios¹⁵¹.

Esse modelo se intensificou com a redução dos custos dispendidos no comércio internacional, como de transporte, comunicação¹⁵², impostos incidentes, a diminuição das reduções das barreiras tarifárias e não tarifárias, e aumento de investimentos em liberalização comercial¹⁵³.

2.1. A Participação de Países em Desenvolvimento nas Cadeias Globais de Valor: Contribuições e Desafios para o Desenvolvimento Econômico

A inserção de países emergentes nas CGV tem sido condição crucial para o desenvolvimento econômico destes, especialmente os de baixa renda. Os efeitos esperados com a integração, além do desenvolvimento econômico nacional, seria a capacitação e geração de mais empregos e a consequente diminuição da pobreza¹⁵⁴.

¹⁴⁷ INDÚSTRIA, Confederação Nacional da; Sturgeon, TIMOTHY J.; Dallas, MARK P. Reorganização Das Cadeias Globais de Valor Riscos e Oportunidades para o Brasil, Resultantes da Pandemia de Covid-19. Confederação Nacional da Indústria, 2021. Disponível em https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/73/d6/73d64e12-5797-4e8d-9ed4-329867779b4a/id_237190_reorganizacao_das_cadeias_globais.pdf

¹⁴⁸ DIVISION, Department of Economic and Social Affairs – Statistics, *loc. cit.*

¹⁴⁹ NONNENBERG, Marcelo José Braga. Participação em Cadeias Globais de Valor e Desenvolvimento Econômico. Boletim de Economia e Política Internacional do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). 2014. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3449>.

¹⁵⁰ ZHANG, Liping; SCHIMANSK, Silvana. Cadeias Globais de Valor e os Países em Desenvolvimento. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Boletim de Economia e Política Internacional do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). 2014. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5322/1/BEPI_n18_Cadeias.pdf.

¹⁵¹ INDÚSTRIA, Confederação Nacional da; Sturgeon, TIMOTHY J.; Dallas, MARK P. *loc. cit.*

¹⁵² NONNENBERG, Marcelo José Braga, *loc. cit.*

¹⁵³ INVESTIMENTO, Centro de Estudos do Comércio Global e. Cadeias Globais de Valor. Fundação Getulio Vargas. Disponível em: <https://cegi.fgv.br/pt-br/cadeias-globais-de-valor>.

¹⁵⁴ NONNENBERG, Marcelo José Braga, *loc. cit.*

No entanto, essa inserção depende das vantagens comparativas específicas que cada país possui, como sua localização estratégica, que pode se traduzir em diminuição de custos de transporte; e ambiente regulatório flexível, como leis trabalhistas menos rígidas que, por sua vez, significariam mão de obra mais barata¹⁵⁵.

De certa forma, as CGVs também criaram oportunidades para empresas menores e participantes de economias de mercados emergentes na medida em que não era mais preciso dominar todos os estágios de processos de produção complexos para participar da economia global¹⁵⁶.

Durante os anos 2000, economias como a China, Coreia do Sul e México foram grandes exportadores de produtos intermediários e bens finais manufaturados, enquanto nações como o Brasil, Rússia e África do Sul eram grandes exportadores de produtos primários¹⁵⁷.

Apesar dessas oportunidades, alguns desafios persistem para a participação de países em desenvolvimento nas CGVs, como a adoção de políticas coordenadas de forma ineficaz, restrições geográficas ou escassez de recursos naturais, que acabam limitando a participação nas CGVs de forma plena, participando de forma marginalizada no comércio internacional em alguns momentos, restrita a uma determinada gama de bens ou serviços intensos em termos de fabricação¹⁵⁸. Outros países, apesar de inseridos nas CGVs, ainda enfrentam os desafios relacionados ao seu desenvolvimento industrial e às suas dificuldades domésticas.

Para maximizar ganhos em termos de desenvolvimento econômico, é essencial a integração efetiva às CGVs, demandando colaboração entre governos e suas empresas. Essa parceria possibilita a criação de um ambiente favorável para o debate e melhorias em investimentos em temas como infraestrutura, para melhoria de acesso e conectividade aos mercados globais, envolvendo estradas, aeroportos, portos e outros, para facilitar o comércio internacional; atenção à política comercial, em especial em relação ao engajamento em acordos comerciais regionais e bilaterais, para garantir e conceder preferências tarifárias por um período considerável, permitindo com que o país avance em nichos mais rentáveis das CGVs; invista

¹⁵⁵ NONNENBERG, Marcelo José Braga, *loc. cit.*

¹⁵⁶ DEVELOPMENT, Organization for Economic Cooperation and. Global Value Chains: Efficiency and Risks in the Context of COVID-19. OECD Publishing. Paris, 2021. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=1060_1060357-mi890957m9&title=Global-value-chains-Efficiency-and-risks-in-the-context-of-COVID-19.

¹⁵⁷ GEREFFI, Gary. Global Value Chains, Development and Emerging Economies. Inclusive and Sustainable Industrial Development Working Paper Series WP 18, 2015. Center on Globalization Governance & Competitiveness Duke University; United Nations Industrial Development Organization. Vienna, 2015. Disponível em https://www.unido.org/sites/default/files/2016-01/WP_18_0.pdf.

¹⁵⁸ ZHANG, Liping; SCHIMANSK, Silvana, *loc. cit.*

em sua política industrial¹⁵⁹; na qualidade de serviços, regulação, através de incentivos fiscais para investimentos e em pesquisa e desenvolvimento, incentivos de crédito, parcerias público-privadas e medidas de facilitação de comércio. Também se faz necessário o planejamento e reorientação política para participação em atividades de maior valor agregado, deixando de ser responsável pela mera montagem de produtos ou concentração em produtos primários para matérias-primas, insumos e bens intermediários, e passando a produzir também componentes com maior valor agregado ou aumentando o conteúdo tecnológico dos produtos, por exemplo. Ou seja, é necessário o desenvolvimento de um ambiente de negócios colaborativo e a criação de programas e políticas voltadas para a atualização dos processos industriais, que estimulem o avanço ao longo da cadeia produtiva e a sofisticação das exportações¹⁶⁰, desencadeando assim maior desenvolvimento econômico para estes países.

3. O PAPEL DOS IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19, DOS CONFLITOS GEOPOLÍTICOS E DAS PREOCUPAÇÕES QUANTO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA RECONFIGURAÇÃO DAS CADEIAS GLOBAIS DE VALOR

Eventos geopolíticos, a pandemia de COVID-19 e preocupações socioambientais representaram crises que possuem o comércio internacional e os investimentos em seus cerne, além de expuserem as vulnerabilidades das CGV de um mundo globalizado. As tensões geopolíticas e as medidas de contenção da pandemia aumentaram a incerteza, diminuíram o investimento, criaram gargalos, reduziram o intercâmbio econômico produtivo e desencadearam o contágio em todas as CGVs¹⁶¹. Como efeito, o debate sobre os custos, riscos e benefícios da globalização foi reacendido, levando os governos a intervirem mais no comércio internacional para salvaguardar seus interesses domésticos. Paralelamente, empresas começaram a repensar a lógica de como a ordem econômica global tem sido estruturada e como deveria ser regida¹⁶².

Neste capítulo, examinam-se como tensões geopolíticas, sanitários e preocupações com desenvolvimento sustentável impactam o debate sobre a reorganização das cadeias globais de valor, que podem ser verificados nos itens 3.1 a 3.3., para que seja possível observar as

¹⁵⁹ GEREFFI, Gary, *loc. cit.*

¹⁶⁰ NONNENBERG, Marcelo José Braga, *loc. cit.*

¹⁶¹ Solingen, Etel; Meng, Bo; Xu, Ankai. Rising Risks to Global Value Chains. Global Value Chain Development Report. World Trade Organization, 2021. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/08_gvc_ch5_dev_report_2021_e.pdf.

¹⁶² INDÚSTRIA, Confederação Nacional da; Sturgeon, TIMOTHY J.; Dallas, MARK P. *loc. cit.*

contribuições das organizações internacionais e da literatura acadêmica para o debate, no item 3.4.

3.1. Os efeitos da pandemia de COVID-19 nas CGVs

A pandemia global de COVID-19 produziu interrupções nas cadeias de suprimento e de produção, afetando a demanda e a disponibilidade de insumos, produtos e serviços. Para melhor compreender esses impactos, a CNI produziu um estudo que demonstra que os impactos da pandemia de COVID-19 na economia ocorreram em três ondas consecutivas ao longo da cadeia de suprimentos ao redor do mundo. Inicialmente, de forma imediata, as necessárias medidas de confinamento paralisaram a mão-de-obra e limitaram em certo grau ou até mesmo suspenderam as atividades produtivas, afetando também os sistemas de todos os modais de transportes. Com a queda da produção industrial e capacidade distributiva de produtos, em seguida acarretou-se queda também no nível de estoques, desde matérias-primas até bens semiacabados e acabados, traduzindo-se em desabastecimento de canais de distribuição, rupturas nas CGVs e quedas no comércio e consumo. Como efeito, a terceira onda foi marcada pelo atraso em entregas, falta de mercadoria, um cenário de imprevisibilidade para as empresas, descumprimento de contratos e dificultadas de fluxo de caixa.

As experiências com a pandemia, que expuseram as vulnerabilidades das CGVs, reforçaram o debate não só a nível governamental e em fóruns internacionais, como também a nível empresarial. Pensam-se em estratégias para melhor gestão de riscos, resiliência na ocorrência de novo choques, melhor gestão de fornecedores e intensificação do uso de tecnologias nos processos produtivos¹⁶³.

O levantamento da Euler Hermes¹⁶⁴ demonstra que empresas dos Estados Unidos e da Europa pensam usar como soluções estratégicas a ampliar sua base de fornecedores, inclusive dentro do próprio país; digitalizar as cadeias de suprimentos, visando obter maior resiliência; e avaliaram *reshoring* e *nearshoring*, para garantir mais agilidade, flexibilidade e proximidade do consumidor final.

¹⁶³ JUNIOR, Orlando Cattini; e AMARAL, José Bento. Reorganização das Cadeias de Valor no Pós-covid 19 - Estratégias Empresariais. Brasília. CNI, 2021. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/02/9a/029a6887-c193-4727-9f23-954d6c5f22da/id_238803_reorganizacao_das_cadeias_de_valor_no_pos_covid_web.pdf

¹⁶⁴ DIB, G.; AZOUZ, N. Global supply chain survey: in search of post COVID-19 resilience. dez. 2020. Disponível em: https://www.eulerhermes.com/en_global/news-insights/economic-insights/Global-Supply-Chain-Survey-In-search-of-post-Covid-19-resilience.html.

Alguns autores como Miroudot acreditam que os impactos da COVID-19 podem ser vistos como uma oportunidade de levar o conhecimento empresarial, seja de empresas domésticas como de organizações multinacionais, para auxiliar na tarefa de moldar o debate sobre a resiliência das cadeias de suprimentos. Essa cooperação mitigará impactos em novas crises às CGVs.

No entanto, as tendências empresariais e de tomadores de decisão, em nível governamental, precisam ser combinadas com as conclusões alcançadas por pesquisas acadêmicas para produzirem resultados economicamente sustentáveis a longo prazo. Miroudot afirma que uma das ideias que não possuem embasamento científico é a que o *reshoring* contribui para a formação de CGVs mais resilientes¹⁶⁵.

A experiência de enfrentamento à pandemia fez com que as CGVs tenham se mostraram ágeis e resilientes em geral, na medida que foram instrumento para combater a pandemia de COVID-19, viabilizando acesso a produtos médico-hospitalares, insumos para vacinas e alimentos, e também desempenharam um papel importante na recuperação econômica decorrente. Demonstrou-se, assim, a importância da cooperação internacional e da cooperação público-privada, para preparar-se para mitigar eventuais futuros choques na oferta e demanda, e aprimorar a resiliência das cadeias de suprimentos¹⁶⁶.

3.2. A tendência de reorganização das CGVs impulsionadas por tensões geopolíticas

Além do COVID-19 expor vulnerabilidades das CGVs fortaleceram o debate acerca da possibilidade de configuração da cadeia produtiva, como o Brexit, a política populista e nacionalista de Trump, nos Estados Unidos, marcada pressão às multinacionais para retomar suas operações para dentro de suas fronteiras, repatriar empregos, como também pela guerra comercial e tecnológica com a China, resultando em restrições, retaliações comerciais e apelos para a reorganização das CGVs, para tentar conter a transferência de tecnologia¹⁶⁷, as respostas da China mediante políticas industriais para incentivar os gargalos das cadeias de suprimentos

¹⁶⁵ MIROUDOT, S. Reshaping the policy debate on the implications of COVID-19 for global supply chains. *Journal of International Business Policy*, v. 3, n. 4, p. 430-442, 2020. doi: 10.1057/s42214-020-00074-6.

¹⁶⁶ DEVELOPMENT, Organization for Economic Cooperation and; ORGANIZATION, World Trade. *Aid for Trade at a Glance 2022: Empowering Connected, Sustainable Trade*. OECD Publishing. Paris, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9ce2b7ba-en>.

¹⁶⁷ Solingen, Etel; Meng, Bo; Xu, Ankai, *loc. cit.* https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/08_gvc_ch5_dev_report_2021_e.pdf.

chinesas e criar autossuficiência em tecnologias chave, como semicondutores e baterias¹⁶⁸, e, mais recentemente, os efeitos do conflito militar entre Rússia e Ucrânia, gerou efeitos além dos dois países, desencadeando sanções econômicas e retaliações, crises energéticas e alimentares.

Esse conjunto de fenômenos geopolíticos trouxeram à tona a primazia da estratégia de fomentar a “segurança nacional” em detrimento dos custos de produção que, no passado, ditavam a organização CGVs¹⁶⁹.

3.3. As tendências de sustentabilidade na reconfiguração das cadeias globais de valor

Embora a configuração das CGVs nas últimas décadas tenha permitido com que empresas garantissem vantagens competitivas, há de se os impactos socioambientais das operações internacionais, incluindo-se aspectos sociais, trabalhistas, de equidade de gênero, mudanças climáticas e outros), que podem até mesmo interromper as CGVs, como no evento das inundações no norte da Tailândia, em que mais de 400 empresas suspenderam a produção devido às rupturas no fornecimento¹⁷⁰.

Assim, o debate acerca da reestruturação das CGVs leva em conta como essas cadeias podem contribuir para a mitigação desses riscos socioambientais, reduzindo emissões de gases de efeito estufa e aproximando a produção dos consumidores finais¹⁷¹.

Essas considerações desempenharam um papel importante nos crescentes apelos e iniciativas para prezar por uma conduta empresarial responsável para tornar os mercados globais mais inclusivos e sustentáveis, que precisam ser cada vez mais integradas às políticas e regulamentações.

A implementação de práticas sólidas de gestão de uma conduta empresarial responsável, antes da ocorrência de um choque à CGV, pode ajudar as empresas a responder com mais brevidade e mitigar o impacto.

O impacto da COVID-19 nas CGVs demonstrou a necessidade de abordagens abrangentes e integradas para risco, resiliência e sustentabilidade. O que implica considerar empresas não como entidades isoladas, mas como parte de um ecossistema que inclui outras

¹⁶⁸ FLEURY, Afonso; e FLEURY, Maria Tereza Leme A reconfiguração das Cadeias Globais de Valor (global value chains) pós-pandemia. *Estudos Avançados*, 34(100), 203–219. 2020. <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.34100.013>

¹⁶⁹ CARMONA, Ronaldo G. A guerra na Ucrânia: uma análise geopolítica. *CEBRI-Revista Ano 1, Número 3 (Jul-Set)*: 88-111. 2022. DOI: <https://doi.org/10.54827/issn2764-7897.cebri2022.03.03.04.88-111.pt>

¹⁷⁰ INDUSTRIAL, Instituto de Estudos para o Desenvolvimento. Cadeias Globais de Valor: megatendências e impactos da Covid-19. Carta IEDI, Edição 1036. https://iedi.org.br/cartas/carta_iedi_n_1036.html

¹⁷¹ DEVELOPMENT, Organization for Economic Cooperation and, 2022, *loc. cit.*

empresas, mas também consumidores, trabalhadores, comunidades, o meio ambiente em si e a sociedade como um todo. As interrupções em qualquer parte desse ecossistema podem ter uma série de implicações. Portanto, criar resiliência implica em criar um gerenciamento de riscos para considerar também riscos socioambientais.

A resposta global às alterações climáticas também criou mais desafios para os países de baixa e média renda à medida que as nações desenvolvidas implementam políticas para redução das suas emissões de carbono, para cumprir seus compromissos no Acordo Climático de Paris, fazendo com que as economias menos desenvolvidas, dependentes das CGVs de produtos ou atividades intensas em carbono, tenham que se adaptar rapidamente.

3.4. A visão holística das organizações internacionais diante dos choques às CGVs e o debate acerca da sua reorganização

Os eventos descritos representam crises que tem o comércio internacional e os investimentos em seus cernes e expuseram as vulnerabilidades das CGV de um mundo globalizado. As tensões geopolíticas e as medidas de contenção da pandemia aumentam a incerteza, diminuem o investimento, criam gargalos, reduzem o intercâmbio econômico produtivo e desencadeiam o contágio em todas as CGVs¹⁷². Como efeito, o debate sobre os custos, riscos e benefícios da globalização foi reacendido, levando os governos a intervirem mais no comércio internacional para salvaguardar seus interesses domésticos. Paralelamente, empresas começaram a repensar a lógica de como a ordem econômica global tem sido estruturada e como deveria ser regida¹⁷³.

Diante desses eventos, alguns tomadores de decisão têm refletido sobre a necessidade de políticas públicas versando sobre a retomada de processos industriais de produtos estratégicos para seu território, que antes estavam localizados em outros países, o que pode se chamar de *reshoring* (retomada ou nacionalização das atividades produtivas nos países), ou *nearshoring* (transferência da produção para fornecedores localizados em países geograficamente próximos), como forma de estabilizar e a fortalecer a resistência das CGVs frente a choques e, ao mesmo tempo, reter ganhos de eficiência decorrentes da especialização e da vantagem comparativa.

Essa situação abre espaço para debates sobre estratégias de políticas públicas, sincronizadas com ações empresariais, para fortalecer a gestão de riscos diante de eventuais

¹⁷² Solingen, Etel; Meng, Bo; Xu, Ankai, *loc. cit.*

¹⁷³ INDÚSTRIA, Confederação Nacional da; Sturgeon, TIMOTHY J.; Dallas, MARK P. *loc. cit.*

novas crises, sobre se a realocização dos processos produtivos para fomentar o abastecimento é de fato eficiente, acerca da regionalização das cadeias de suprimentos, sobre o acúmulo de estoques¹⁷⁴, além abordar temas como aumento dos investimentos em tecnologias, melhoria no ambiente de negócios, e digitalização de procedimentos¹⁷⁵.

Com base nesse cenário, organizações internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Banco Mundial e o Fórum Econômico Mundial têm monitorado as CGVs, criado métricas e estudos para medição de níveis de desenvolvimento econômico através dessas cadeias, além de outros aspectos ligados ao tema, como comércio internacional, investimentos e sustentabilidade¹⁷⁶. Os materiais produzidos por essas organizações também ajudam tomadores de decisão e empresas a orientarem suas ações e formularem políticas.

Assim, as organizações internacionais e a literatura acadêmica observaram que a crise imobiliária de 2008, iniciada nos Estados Unidos, foi propagada para outras nações por canais financeiros, tendo em vista a natureza globalizada dos mercados financeiros, e também comerciais. Isto porque assim que as vendas norte-americanas de produtos finais caíram, a sua produção acompanhou a tendência, e, como efeito cascata, houve também a redução da demanda por bens intermediários de outros países. Em outras palavras, com as economias interligadas, interdependes e especializadas, os choques foram transmitidos ao longo da cadeia. Por essa razão, esta foi a primeira crise que refletiu claramente a globalização generalizada da produção, marcando uma crise da lógica da globalização como um todo¹⁷⁷.

Em especial, os países em desenvolvimento, que haviam orientado suas economias para a exportação direcionadas principalmente para os países localizados ao norte do globo, participando das CGVs como forma de reduzir os choques domésticos, viram o comércio internacional ser um canal de transmissão de choques externos¹⁷⁸.

¹⁷⁴ INDÚSTRIA, Confederação Nacional da; Sturgeon, TIMOTHY J.; Dallas, MARK P. *loc. cit.*

¹⁷⁵ ANDRADE, Robson de. Brasil no novo modelo das cadeias globais de valor. Valor Econômico, 2021. Disponível em <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/brasil-no-novo-modelo-das-cadeias-globais-de-valor.ghtml>.

¹⁷⁶ GEREFFI, Gary, *loc. cit.*

¹⁷⁷ CATTANEO, Olivier; GEREFFI, Gary; and STARITZ, Cornelia. Global Value Chains in a Postcrisis World - A Development Perspective. The World Bank, Trade and Development. Washington, 2010. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/978-0-8213-8499-2>.

¹⁷⁸ *Ibid.*

O Banco Mundial, ao analisar a crise financeira de 2008, observou também o comportamento das CGVs na crise financeira asiática que ocorreu ao final da década de 1990, e vislumbrou que nessas duas ocasiões discussões envolvendo um provável fim da globalização e retração dos arranjos de produção globais foram incitadas. Porém, o Banco Mundial constatou que essas crises não reverteram a globalização, mas aceleraram duas tendências de longo prazo na economia global: a consolidação mais rápida das CGVs e a crescente importância dos mercados do Sul, marcada pela mudança da demanda dos mercados de países desenvolvidos, do norte do globo, para os países emergentes, do sul do globo¹⁷⁹.

Dessa forma, foi ressaltada a importância de se reduzir a dependência de exportação de bens finais dos Estados Unidos e União Europeia, por exemplo, para que países em desenvolvimento se atentassem para diversificar sua produção doméstica e venda para seu mercado doméstico ou para os próprios mercados emergentes, agregando mais valor aos seus produtos. Foi assim que a China aproveitou o cenário de pouca disponibilidade de celulares de baixo custo, altos preços de produção, padrões incompatíveis e requisitos regulatórios incompatíveis para alternar a demanda de celulares estrangeiros para os produzidos domesticamente. Por essa razão, a China foi o maior exemplo de ascensão de uma economia emergente, que alterou sua dinâmica nas CGVs, durante esse período de crise, impactando e modificando a demanda global, na medida que aumentou sua influência¹⁸⁰.

Com essa mudança de comportamento, investimentos feitos por exportadores das economias do norte, que antes eram restritos a esses mesmos mercados do norte, passaram a ser realizados nos mercados do sul. À título de exemplo, o grupo multinacional espanhol Inditex (detentor da Zara) melhorou seu desempenho em 2009 em meio à crise financeira, abrindo novos pontos de venda em países emergentes, como Bulgária, China, Cazaquistão, República da Coreia, Polônia e Rússia¹⁸¹.

Assim, o estudo do Banco Mundial constatou que o comércio internacional foi um dos principais instrumentos de enfrentamento à crise financeira de 2008, observando as regras de comércio regionais e multilaterais, e uma forma de contenção do protecionismo de alguns governos, com estímulos discriminatórios e tendências ao aumento de barreiras aos bens intermediários dos quais segmentos inteiros das indústrias nacionais dependiam¹⁸².

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

Além disso, a OCDE entende que antes da pandemia, não havia uma tendência generalizada de *reshoring*, regionalização de cadeias de valor ou maior concentração de fornecimento em escala global. Existia uma tendência significativa para transferência de um número maior de estágios de produção doméstica por parte da China e algumas economias do leste e sudeste asiático, como a Malásia e a Indonésia¹⁸³.

Partindo do exemplo chinês, é possível constatar uma notável redução de dependência de produção estrangeira, quando comparado os estágios de produção de meados dos anos 2000 para 2019. Porém, esse movimento não seria considerado uma realocação da produção, mas o retrato de seu avanço ao longo da cadeia produtiva e reflexo da substituição de insumos estrangeiros por insumos da China¹⁸⁴.

A Europa, por sua vez, tornou sua produção mais regionalizada após a crise financeira de 2008 e, após 2018, suas cadeias de suprimentos voltaram a se tornar extrarregionais, refletindo uma maior integração às CGVs¹⁸⁵.

Assim, a OCDE entende que não houve uma tendência geral de “desglobalização” após a crise financeira de 2008 e que o nível de fragmentação internacional da produção permaneceu alto no início da pandemia da COVID-19. Entretanto, posteriormente, houve claramente uma desaceleração na expansão das CGVs, com vários países mostrando uma tendência de redução do uso de insumos importados¹⁸⁶.

O estudo do Banco Mundial apresenta algumas conclusões acerca da necessidade de reorientação de estratégias políticas e comerciais que se concentrassem na necessidade de apoio contínuo ao crédito comercial por parte das organizações financeiras internacionais; na necessidade de países em desenvolvimento encontrassem outras fontes de demanda que não fossem de exportação ou diversificarem os padrões de comércio para se concentrarem mais no comércio entre os países em desenvolvimento; e na necessidade de países desenvolvidos resistirem à imposição de medidas protecionistas, ainda que houvesse altas taxas de desemprego¹⁸⁷.

¹⁸³ JAAAX, Alexander; MIROUDOT, Sébastien; and LIESHOUT, Elisabeth van. Deglobalisation? The Reorganisation of GVCs in a Changing World. OECD Trade Policy Paper n°272, 2023. OECD Trade and Agriculture Directorate. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/b15b74fe-en.pdf?expires=1702303048&id=id&accname=guest&checksum=92CFC2F4AC6C563D0A4C9852B00486D4>.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ CATTANEO, Olivier; GEREFFI, Gary; and STARITZ, Cornelia, *loc. cit.*

A experiência acumulada da análise dos impactos da crise financeira de 2008 nas cadeias globais de valor e as lições obtidas serve como referência para examinar os desafios e impasses atuais que afetam as mesmas cadeias.

Organizações internacionais, como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), têm enfatizado a necessidade de considerar que o *reshoring* acarretaria uma maior dependência de sua própria produção doméstica, o que limita a capacidade de amortecimento de choques, principalmente quando estes tiverem origem em âmbito nacional. Ademais, as economias menos interconectadas por meio de CGVs tenderiam a apresentar níveis significativamente inferiores de atividade econômica e rendas mais baixas, além de serem mais - e não menos - vulneráveis a choques. Isto ocorre devido a uma substancial redução do incentivo para adquirir matérias-primas e bens intermediários internacionalmente, resultante do aumento de tarifas e subsídios destinados a favorecer a produção doméstica, o que dificulta a busca por outros fornecedores internacionais. As restrições governamentais também restringiram o fornecimento de insumos domésticos, como restrições à exportação. Dessa forma, de acordo com as projeções da OCDE, a relocação da produção para o âmbito doméstico resultaria em uma significativa redução do Produto Interno Bruto (PIB) da maioria dos países, considerando que as CGVs representam uma parte significativa deste, superando quaisquer ganhos em estabilidade¹⁸⁸.

A OCDE reforça que a criação de um ambiente político e regulatório direcionado à segurança do abastecimento, à mitigar interrupções nas CGVs e ao estímulo para recuperação econômica¹⁸⁹ se constrói por meio do fomento à facilitação de comércio e investimentos, simplificação de procedimentos burocráticos, flexibilização de certificações, harmonização de normas, padrões e regulamentações, facilitando a resposta para eventuais crises e choques nas CGVs, especialmente em relação a bens e serviços essenciais¹⁹⁰.

Ao analisar os efeitos da pandemia nas CGVs, o Banco Mundial constatou que realocação da produção seria contraproducente, aumentando os custos para os consumidores finais, diminuindo a competitividade empresarial, e, em última instância, potencialmente contribuindo para um aumento significativo da pobreza global, tendo em vista que poderia levar mais 52 milhões de pessoas à pobreza extrema até 2030.

¹⁸⁸ DEVELOPMENT, Organization for Economic Cooperation and, 2021, *loc. cit.*

¹⁸⁹ DEVELOPMENT, Organization for Economic Cooperation and., 2020, *loc. cit.*

¹⁹⁰ DEVELOPMENT, Organization for Economic Cooperation and, 2021, *loc. cit.*

Assim, observou-se que os setores mais estratégicos com alto valor agregado de determinados países desenvolvidos seriam mais suscetíveis à realocação das CGVs, seja por *reshoring* ou *nearshoring*, sob a prerrogativa resguardar a segurança nacional e tentativa de impedir a difusão de tecnologias de ponta e a garantir a proteção da propriedade intelectual¹⁹¹, juntamente com os setores que se beneficiam de vantagens comparativas, devido a fatores geográficos. No entanto, uma realocação completa seria improvável devido aos custos envolvidos e desconsideraria os benefícios de acesso a mercados diversificados, redução de custos e especialização de produções¹⁹².

Outro efeito da realocação da atividade produtiva nos países desenvolvidos seria a dificuldade de acesso à bens essenciais que fossem produzidos por empresas multinacionais localizadas nessas origens por economias em desenvolvimento e emergentes, que também enfrentariam a redução de atividade econômica¹⁹³.

De acordo com Miroudot a resiliência das CGVs não se encontra na reconfiguração da organização dessas cadeiras, mas em nível empresarial mediante estratégias de gestão de riscos eficientes para mitigar interrupções no fornecimento, como a diversificação de fornecedores para em substituição de um fornecedor específico caso haja falha no fornecimento, investir em capacidade extra para estoques ou capacidade de produção adicional para enfrentar crises, embora sejam soluções tão custosas que podem sobressair os ganhos com mitigação de riscos, principalmente diante de eventos de baixa probabilidade de interromper o fornecimento (muitas vezes esse sistema é mais aconselhável para empresas que enfrentam desastres naturais como furacões e tsunamis, por exemplo). De toda forma, governos são atores cruciais na criação de um ambiente que a favoreça por meio de ações visando a facilitação do comércio ou a regulamentação de serviços de transporte e infraestrutura, contribuindo para a redução dos riscos e implicando em ganhos em agilidade pela redução de trâmites burocráticos e planos de contingência em emergências, por exemplo. Para alcançar isso, Miroudot reforça que é fundamental que governos não apostem em ações que impliquem em restrição de comércio já que justamente a causa de algumas das tensões e incertezas em relação as CGVs têm origem no apoio governamental que distorce o mercado internacional¹⁹⁴.

¹⁹¹ Solingen, Etel; Meng, Bo; Xu, Ankai, *loc. cit.*

¹⁹² BRENTON, Paul; FERRANTINO, Michael J.; MALISZEWSKA, Maryla. Reshaping Global Value Chains in Light of COVID-19: Implications for Trade and Poverty Reduction in Developing Countries. World Bank. Washington, 2022. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/0df770e3-6d5b-52da-bf5a-c497702ce367/content>.

¹⁹³ Miroudot, *loc. cit.*

¹⁹⁴ Miroudot, *loc. cit.*

Diante disso, enfatizou-se que a resposta para atravessar choques nas CGVs continua sendo uma maior integração econômica e o fortalecimento das mesmas, o que pode estimular um crescimento econômico mais resiliente¹⁹⁵. A sugestão aponta para a cooperação internacional como meio de manter os mercados abertos e na continuidade das CGVs.

4. CONCLUSÃO

Por meio de um processo fragmentado baseado no modelo de produção fordista, as CGVs reuniram empresas e trabalhadores para criar valor em várias etapas do processo produtivo. O encadeamento dessas atividades além das fronteiras nacionais, resultado da terceirização, deu origem às CGVs, geridas por empresas líderes que controlam contratos, fornecedores e detêm os ganhos principais. Essa forma de estruturação das atividades produtivas marcou três décadas de ganhos em produtividade e inovação, além de contribuição significativa para o aumento de renda de muitas economias emergentes.

A cooperação entre governos e empresas tem se mostrado essencial para a identificação dos riscos e possíveis ameaças aos produtos e serviços essenciais. Essa parceria é vital para a formulação de políticas para criação de um ambiente que permita o avanço ao longo da cadeia produtiva e, com isso, a maximização dos lucros, tanto em termos monetários quanto em termos de desenvolvimento econômico.

A política protecionista crescente usada como pretexto para incitar transformações nas CGVs, tensões comerciais, desafios geopolíticos e ligados à preocupações com sustentabilidade têm produzido choques ao comércio global e, com isso, intensificado os debates quanto ao futuro da globalização e da configuração das cadeias globais de valor. Ainda que se note movimentos de “slowbalisation”¹⁹⁶, rumo a regionalização, realocização das produções e demandas em alguns países, é preciso considerar que as complexas cadeias de abastecimento que se desenvolveram ao longo de décadas não podem ser facilmente substituídas, especialmente quando se trata de indústrias críticas que dependem de fatores de produção especializados, que se sustentam na lógica da atual configuração das cadeias globais de valor.

A experiência anterior, com a crise financeira de 2008, não demonstrou que o uso de políticas comerciais mais restritivas reduz os riscos associados aos choques globais nas CGVs e ajudam a estabilizar a produção doméstica, principalmente se forem adotadas por vários

¹⁹⁵ BRENTON, Paul; FERRANTINO, Michael J.; MALISZEWSKA, Maryla, *loc. cit.*

¹⁹⁶ ANTRÀS, Pol. “De-Globalisation? Global Value Chains in the Post-COVID-19 Age”. Harvard University, 2020. Disponível em https://scholar.harvard.edu/files/antras/files/deglobalization_sintra_antras.pdf.

países. Além disso, essas medidas tendem a ter impactos adversos substanciais sobre os países de baixa e média renda dependentes do comércio¹⁹⁷.

Embora o protecionismo do *reshoring* ou *nearshoring* não seja necessariamente a resposta política comercial para os choques ocasionados pelos eventos recentes geopolíticos e sanitários, por serem potencialmente ineficazes e contraproducentes¹⁹⁸, é possível que esses fenômenos ocorram em setores de alta tecnologia e estratégicos sob o argumento de zelar pela segurança nacional de algumas nações, por mais que isso implique em aumento dos custos para os consumidores, diminuição da competitividade empresarial e contribuição para o aumento da pobreza global, em última instância.

Organizações internacionais e estudos acadêmicos têm destacado a importância de estratégias colaborativas entre países, investimentos em infraestrutura e políticas que permitam uma participação mais eficaz nas CGVs, além de enfatizar que os investimentos em sustentabilidade apesar de caros no curto prazo, certamente produzirão um ambiente mais sustentável para os CGVs no longo prazo¹⁹⁹.

A resposta reside muito mais em criar cadeias de suprimentos mais resilientes, dando ênfase ao gerenciamento de riscos, do que desmembrando as CGVs. As empresas integradas às CGVs já enfrentaram outras crises no passado (crise financeira de 2008; desastres naturais) e não recorreram ao *reshoring* ou *nearshoring*, ou diversificaram significativamente suas cadeias de suprimentos, justamente porque autores como Miroudot apontam que a resiliência é construída em nível empresarial (especialmente nas multinacionais e empresas líderes) e o ponto crucial que mereceria atenção seria o que governos podem fazer para contribuir para essa resiliência empresarial.

O que é possível vislumbrar é que as crises sanitárias e geopolíticas apenas trouxeram luz para que a necessidade das empresas e governantes se ajustarem às mudanças em termos de transformações digitais, mudanças climáticas, protecionismo crescente e tensões comerciais. Em outras palavras, essas crises seriam catalizadoras de transformações mais ágeis nas CGVs.

Conclui-se que a resposta para os possíveis choques e interrupções nas CGVs não reside na realocação completa da produção, mas na manutenção da busca pelo equilíbrio entre garantir a oferta de bens e serviços e preservação dos benefícios da interdependência e integração econômica global. Para tanto, considera-se especialmente práticas socioambientais

¹⁹⁷ BRENTON, Paul; FERRANTINO, Michael J.; MALISZEWSKA, Maryla, *loc. cit.*

¹⁹⁸ Solingen, Etel; Meng, Bo; Xu, Ankai, *loc. cit.*

¹⁹⁹ Solingen, Etel; Meng, Bo; Xu, Ankai, *loc. cit.*

em toda a cadeia de valor global, a fim de mitigar riscos de choques e melhorar sua resiliência para o futuro, mediante o fortalecimento de políticas industriais e as políticas públicas sincronizadas com a experiência empresarial e conclusões acadêmicas, para promover um abastecimento mais ágil para futuras crises nas CGVs²⁰⁰.

REFERÊNCIAS

ALI, Abdelaziz Ait; CANUTO, Otaviano; ARBOUCH Mahmoud. **Pandemic, War, and Global Value Chains**. Policy Center For The New South, 2022. Disponível em <https://www.policycenter.ma/sites/default/files/2022-10/paper-pcns-pandemic-war-and-global-value-chains-by-otaviano-canuto-abdelaziz-ait-ali-mahmoud-arbouch.pdf>

ANDRADE, Robson de. **Brasil no novo modelo das cadeias globais de valor**. Valor Econômico, 2021. Disponível em <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/brasil-no-novo-modelo-das-cadeias-globais-de-valor.ghtml>

ANTRÁS, Pol. **“De-Globalisation? Global Value Chains in the Post-COVID-19 Age”**. Harvard University, 2020. Disponível em https://scholar.harvard.edu/files/antras/files/deglobalization_sintra_antras.pdf

BRENTON, Paul; FERRANTINO, Michael J.; MALISZEWSKA, Maryla. **Reshaping Global Value Chains in Light of COVID-19: Implications for Trade and Poverty Reduction in Developing Countries**. World Bank. Washington, 2022. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/0df770e3-6d5b-52da-bf5a-c497702ce367/content>

CARRARA, Aniela. **Continuidade do Conflito entre Rússia e Ucrânia e os Impactos Sobre os Preços Internacionais das Commodities e a Inflação no Brasil**. 2023. Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada do Departamento de Economia, Administração e Sociologia (CEPEA) da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz (ESALQ) da Universidade de São Paulo (USP). Disponível em <https://www.cepea.esalq.usp.br/br/opiniao-cepea/continuidade-do-conflito-entre-russia-e-ucrania-e-os-impactos-sobre-os-precos-internacionais-das-commodities-e-a-inflacao-no-brasil.aspx>

CATTANEO, Olivier; GEREFFI, Gary; and STARITZ, Cornelia. **Global Value Chains in a Postcrisis World - A Development Perspective**. The World Bank, Trade and Development. Washington, 2010. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/978-0-8213-8499-2>

DEVELOPMENT, Organization for Economic Cooperation and; ORGANIZATION, World Trade. **Aid for Trade at a Glance 2022: Empowering Connected, Sustainable Trade**. OECD Publishing. Paris, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9ce2b7ba-en>.

²⁰⁰ BRENTON, Paul; FERRANTINO, Michael J.; MALISZEWSKA, Maryla, *loc. cit.*

DEVELOPMENT, Organization for Economic Cooperation and. **COVID-19 and global value chains: Policy options to build more resilient production networks.** OECD Publishing. Paris, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/covid-19-and-global-value-chains-policy-options-to-build-more-resilient-production-networks-04934ef4/>

DEVELOPMENT, Organization for Economic Cooperation and. **Global Value Chains: Efficiency and Risks in the Context of COVID-19.** OECD Publishing. Paris, 2021. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=1060_1060357-mi890957m9&title=Global-value-chains-Efficiency-and-risks-in-the-context-of-COVID-19

DIB, G.; AZOUZ, N. **Global supply chain survey: in search of post COVID-19 resilience.** 2020. Disponível em: https://www.eulerhermes.com/en_global/news-insights/economic-insights/Global-Supply-Chain-Survey-In-search-of-post-Covid-19-resilience.html.

DIVISION, Department of Economic and Social Affairs - Statistics. **Accounting for Global Value Chains: GVC Satellite Accounts and Integrated Business Statistics.** United Nations. New York, 2021. Disponível em: https://unstats.un.org/unsd/business-stat/GVC/Accounting_for_GVC_web.pdf

DIVISION, United Nations Statistics. **Global Value Chains.** United Nations. New York. Disponível em: <https://unstats.un.org/unsd/business-stat/GVC/>

ELIA, Stefano; FRATOCCHI, Luciano; BARBIERI, Paolo; BOFFELLID, Albachiaro; and KALCHSCHMIDT, Matteo. **Post-pandemic Reconfiguration from Global to Domestic and Regional Value Chains: The Role of Industrial Policies.** Transnational Corporations Journal, Vol. 28, No. 2, 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3915150>

GEREFFI, Gary e FERNANDEZ-STARK, Karina. **Global Value Chain Analysis: A Primer, 2nd Edition.** The Duke Center on Globalization, Governance & Competitiveness, 2016. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/305719326_Global_Value_Chain_Analysis_A_Primer_2nd_Edition

GEREFFI, Gary; e KAPLINSKY, Raphael (2001). **Introduction: Globalisation, Value Chains and Development.** Institute of Development Studies Bulletin 32.3, 2001. Disponível em <https://doi.org/10.1111/j.1759-5436.2001.mp32003001.x>

GEREFFI, Gary. **Global Value Chains, Development and Emerging Economies.** Inclusive and Sustainable Industrial Development Working Paper Series WP 18, 2015. Center on Globalization Governance & Competitiveness Duke University; United Nations Industrial Development Organization. Vienna, 2015. Disponível em https://www.unido.org/sites/default/files/2016-01/WP_18_0.pdf

INDÚSTRIA, Confederação Nacional da; Sturgeon, TIMOTHY J.; Dallas, MARK P. **Reorganização Das Cadeias Globais de Valor Riscos e Oportunidades para o Brasil, Resultantes da Pandemia de Covid-19.** Confederação Nacional da Indústria, 2021. Disponível em https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/73/d6/73d64e12-5797-4e8d-9ed4-329867779b4a/id_237190_reorganizacao_das_cadeias_globais.pdf

INDUSTRIAL, Instituto de Estudos para o Desenvolvimento. **Cadeias Globais de Valor: megatendências e impactos da Covid-19**. Carta IEDI, Edição 1036. https://iedi.org.br/cartas/carta_iedi_n_1036.html

INVESTIMENTO, Centro de Estudos do Comércio Global e. **Cadeias Globais de Valor**. Fundação Getulio Vargas. Disponível em: <https://ccgi.fgv.br/pt-br/cadeias-globais-de-valor>.

JAAX, Alexander; MIROUDOT, Sébastien; and LIESHOUT, Elisabeth van. **Deglobalisation? The Reorganisation of GVCs in a Changing World**. OECD Trade Policy Paper n°272, 2023. OECD Trade and Agriculture Directorate. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/b15b74fe-en.pdf?expires=1702303048&id=id&accname=guest&checksum=92CFC2F4AC6C563D0A4C9852B00486D4>

JUNIOR, Orlando Cattini; e AMARAL, José Bento. **Reorganização das Cadeias de Valor no Pós-covid 19 - Estratégias Empresariais**. Brasília. CNI, 2021. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/02/9a/029a6887-c193-4727-9f23-954d6c5f22da/id_238803_reorganizacao_das_cadeias_de_valor_no_pos_covid_web.pdf

MEYER, Camila. **As Cadeias Globais de Valores e os desafios para os países que desejam fazer parte de um modelo de fragmentação da produção**. Apex Brasil. Disponível em: <https://portal.apexbrasil.com.br/as-cadeias-globais-de-valores-e-os-desafios-para-os-paises-que-desejam-fazer-parte-de-um-modelo-de-fragmentacao-da-producao/>

MIROUDOT, S. **Reshaping the policy debate on the implications of COVID-19 for global supply chains**. Journal of International Business Policy, v. 3, n. 4, p. 430-442, 2020. doi: 10.1057/s42214-020-00074-6.

NONNENBERG, Marcelo José Braga. **Participação em Cadeias Globais de Valor e Desenvolvimento Econômico**. Boletim de Economia e Política Internacional do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). 2014. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3449>

Solingen, Etel; Meng, Bo; Xu, Ankai. **Rising Risks to Global Value Chains**. Global Value Chain Development Report. World Trade Organization, 2021. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/08_gvc_ch5_dev_report_2021_e.pdf

TAGLIONI, Daria. **Protectionism Is Failing to Achieve Its Goals and Threatens the Future of Critical Industries**. The World Bank, 2023. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2023/08/29/protectionism-is-failing-to-achieve-its-goals-and-threatens-the-future-of-critical-industries>

ZHANG, Liping; SCHIMANSK, Silvana. **Cadeias Globais de Valor e os Países em Desenvolvimento**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). Boletim de Economia e Política Internacional do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). 2014. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5322/1/BEPI_n18_Cadeias.pdf

5. DUE DILIGENCE NO COMÉRCIO INTERNACIONAL: o Programa OEA como modelo de autorregulação eficiente

5. DUE DILIGENCE IN INTERNATIONAL TRADE: the AEO Program as an efficient self-regulation model

Julia Fiori Gradia Lima

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Due diligence no comércio internacional. 2.1. Caracterização e importância da due diligence. 2.2. Due diligence e comércio internacional. 3. Autorregulação como alternativa eficiente para a administração pública. 3.1. Autorregulação como alternativa para a administração pública. 3.2. Autorregulação Pareto eficiente. 4. Programa Operador Econômico Autorizado (OEA) como exemplo de autorregulação eficiente. 4.1. Introdução ao programa OEA. 4.2. Due diligence no programa OEA. 4.3. Eficiência da autorregulação proposta pelo programa OEA. 5. Considerações finais.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo aprofundar a compreensão da prática de due diligence no âmbito do comércio internacional, com foco especial em sua significativa contribuição para a prevenção de fraudes e ilícitos aduaneiros. No cenário complexo do comércio global, a due diligence assume um papel crucial ao minimizar riscos e promover a transparência, a legalidade e a segurança das transações internacionais. Assim, o artigo busca responder à seguinte pergunta de pesquisa: "Como a eficiência das operações de comércio internacional é potencializada, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, pelos instrumentos de due diligence previstos na legislação brasileira do Programa OEA?". Neste contexto, o Programa OEA emerge como um exemplo de autorregulação bem-sucedida. Ao estabelecer critérios rigorosos de elegibilidade e padrões operacionais, o OEA demonstra como as empresas certificadas podem assumir responsabilidade pela realização da due diligence, cumprindo regulamentações aduaneiras e, ao mesmo tempo, obtendo vantagens competitivas em relação a concorrentes, oferecendo uma visão clara de como o equilíbrio entre regulamentações estatais e autorregulação pode ser alcançado com sucesso.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do comércio internacional; Direito econômico; Due diligence; Facilitação do comércio; Programa Operador Econômico Autorizado.

ABSTRACT: The present article aims to deepen the understanding of due diligence practices in the context of international trade, with a special focus on its significant contribution to preventing fraud and customs offenses. In the complex scenario of global commerce, due diligence plays a crucial role in minimizing risks and promoting transparency, legality, and the security of international transactions. Thus, the article seeks to answer the following research question: "How is the efficiency of international trade operations enhanced, from the perspective of Economic Analysis of Law, by the due diligence instruments provided in the Brazilian legislation of the OEA Program?". In this context, the OEA Program emerges as an example of successful self-regulation. By establishing rigorous eligibility criteria and operational standards, the OEA demonstrates how certified companies can take responsibility for conducting due diligence, complying with customs regulations, and simultaneously gaining

competitive advantages over competing firms, providing a clear insight into how the balance between state regulations and self-regulation can be successfully achieved.

KEYWORDS: Internacional trade law; Economic law; Due diligence; Trade facilitation; Authorized Economic Operator Program.

1. INTRODUÇÃO

O termo “diligência devida”, doravante referido por sua tradução em inglês “*due diligence*”, não é comumente utilizado no âmbito do direito do comércio internacional, apesar da matéria conter elementos significativos desse conceito. Não obstante, a prática de *due diligence* desempenha um papel crucial na minimização de riscos e na promoção da legalidade, transparência e segurança das transações no complexo cenário do comércio internacional.

Nesse sentido, o presente artigo visa aprofundar a compreensão da *due diligence* no comércio internacional ao demonstrar como a sua realização por empresas pode reduzir custos de transação, tanto para o Estado quanto para as próprias instituições privadas. Para tanto, utilizou-se como exemplo de autorregulação e *due diligence* no comércio internacional o Programa Operador Econômico Autorizado (Programa OEA) da Receita Federal do Brasil (RFB) a partir do qual se buscou explorar sua eficiência, à luz da Análise Econômica do Direito.

Para atingir os objetivos da presente pesquisa, adotou-se uma abordagem metodológica hipotético-dedutiva com base no procedimento histórico comparativo com o emprego de técnicas de pesquisa documental e bibliográfica. A questão que orientou este estudo é a seguinte: “Como a eficiência das operações de comércio internacional é potencializada, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, pelos instrumentos de *due diligence* previstos na legislação brasileira do Programa OEA?”.

A fim de responder à pergunta proposta, o artigo foi estruturado da seguinte forma: primeiro, abordou-se o papel da *due diligence* no comércio internacional na prevenção de fraudes e ilícitos aduaneiros. Em seguida, explorou-se a autorregulação como uma alternativa eficiente para a administração pública, onde empresas assumem a responsabilidade pela *due diligence*. Por fim, apresentou-se o Programa OEA como um exemplo de autorregulação bem-sucedida, estabelecendo critérios para empresas certificadas cumprirem regulamentações aduaneiras e ganharem vantagens competitivas.

2. ***DUE DILIGENCE* NO COMÉRCIO INTERNACIONAL**

O presente capítulo tem como propósito ressaltar os alicerces fundamentais para a compreensão e implementação efetiva da *due diligence* no contexto do comércio internacional. No tópico inicial busca-se introduzir conceitos essenciais, delineando a abrangência do termo *due diligence*. Ao longo do capítulo, é realizada uma caracterização detalhada do processo e suas fases, proporcionando uma visão holística das etapas e procedimentos envolvidos.

A importância da *due diligence* no comércio internacional é explicitada, destacando sua contribuição fundamental para a tomada de decisões estratégicas e operacionais. Esta seção serve como uma ponte para a discussão sobre o papel crucial desempenhado pela *due diligence* na prevenção de fraudes e ilícitos aduaneiros.

2.1. **Caracterização e importância *due diligence***

Para compreender a relevância da *due diligence* no comércio internacional, é essencial estabelecer alguns conceitos iniciais. Nesse sentido, é preciso elucidar que Compliance e *due diligence*, apesar de serem instrumentos de governança corporativa, em sentido amplo, e frequentemente empregados em conjunto, não se confundem.

O Compliance, deriva do verbo em inglês "*to comply*" e se refere a prática de agir em conformidade com leis, regulamentos internos, comandos éticos e normas jurídicas vigentes. No entanto, seu significado vai além da conformidade literal, englobando a mitigação de riscos, a preservação de valores éticos e a sustentabilidade corporativa, garantindo a continuidade dos negócios e o interesse das partes envolvidas²⁰¹.

Dentre as principais características da *due diligence*, destacam-se sua natureza preventiva, adaptabilidade ao risco, priorização, dinamismo, não transferência de responsabilidades, conformidade com normas e engajamento contínuo das partes interessadas²⁰².

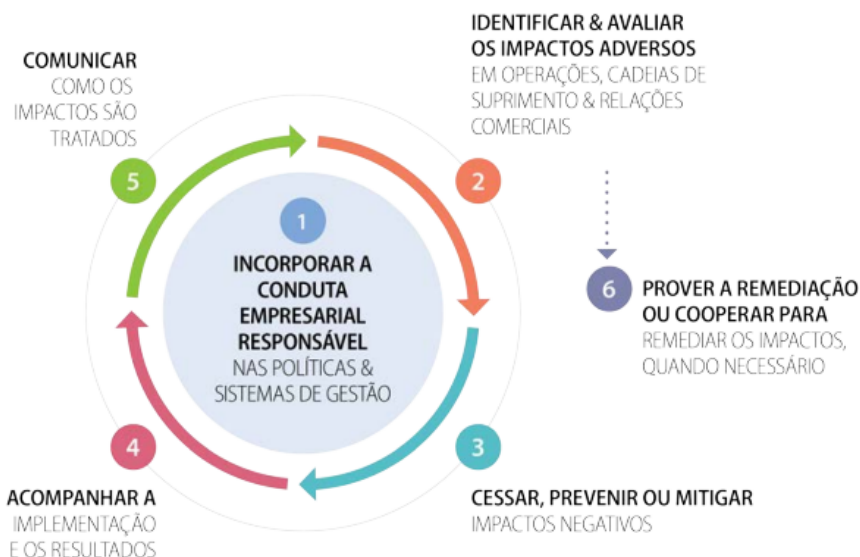
O processo de *due diligence* compreende etapas que envolvem a incorporação da conduta responsável nas políticas e sistemas corporativos, a identificação e análise de impactos adversos, a cessação, prevenção e mitigação desses impactos, o monitoramento, a

²⁰¹ CARVALHO, André, C. et al. Manual de Compliance. Grupo GEN, 2021.

²⁰² OECD. Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>. Acesso em 20 out. 2023.

comunicação das condutas adotadas e a remediação quando necessário²⁰³, conforme se infere do infográfico abaixo ilustrado:

Figura 01 – O processo de devida diligência e medidas de apoio:



Fonte: OCDE, 2018, p. 21.

Dessa forma, verifica-se que a *due diligence* visa a prevenção de impactos adversos em pessoas, meio ambiente e sociedade, sendo um processo contínuo, dinâmico e responsivo²⁰⁴. De modo que a realização de *due diligence* deve ser uma prática constante e integrada em Programas de Compliance.

A *due diligence*, portanto, constitui um processo abrangente que envolve a identificação, prevenção, mitigação e contabilização das formas como uma empresa impacta trabalhadores, direitos humanos, meio ambiente, suborno, consumidores e governança corporativa em suas operações, cadeias de suprimentos e relações comerciais²⁰⁵.

Considerando o objetivo de explorar os impactos adversos reais ou potenciais das atividades empresariais, uma das fases cruciais na realização da *due diligence* é a gestão de riscos. A *due diligence* é, por natureza, orientada pelo risco nesse sentido as medidas que uma empresa adota para conduzir a *due diligence* devem ser proporcionais à gravidade e

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ OECD. Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável, 2023. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-sobre-conduta-empresarial-responsavel_663b7592-pt. Acesso em 12 nov. 2023.

²⁰⁵ Ibid.

probabilidade do impacto adverso²⁰⁶. Isso implica na personalização de abordagens para riscos específicos e na consideração acerca de como esses riscos afetam diferentes grupos²⁰⁷.

Uma abordagem eficaz nesse processo envolve a priorização com base na gravidade e probabilidade dos impactos adversos. Esse processo de priorização é contínuo, permitindo a identificação e tratamento de novos impactos adversos, que podem ser priorizados antes de abordar aqueles de menor significância²⁰⁸.

Essa abordagem proativa na gestão de riscos é crucial para assegurar que a *due diligence* seja adaptável e capaz de identificar, avaliar e mitigar eficientemente os impactos adversos associados às operações empresariais. Além disso, a gestão de riscos é uma prática essencial para empresas que buscam garantir a sustentabilidade e a continuidade de suas operações. Ela se baseia em uma análise sistemática e contínua dos potenciais eventos adversos que podem impactar negativamente a organização²⁰⁹.

Nesse contexto, as escalas de probabilidade e gravidade desempenham um papel fundamental. A escala de probabilidade refere-se à avaliação da possibilidade de ocorrência de um evento adverso. Ela varia desde situações altamente improváveis até aquelas consideradas muito prováveis. Associar cada risco a uma probabilidade ajuda a empresa a entender a urgência e a frequência com que determinados eventos podem ocorrer²¹⁰. Essa informação é crucial para direcionar recursos de mitigação de maneira eficiente, concentrando-se nos riscos mais iminentes.

Já a escala de gravidade está relacionada ao impacto potencial de um evento adverso caso ele se concretize. Essa escala varia desde consequências insignificantes até impactos catastróficos. Ao avaliar a gravidade, as empresas podem identificar os riscos que teriam os maiores efeitos negativos em suas operações²¹¹. Dessa forma, é possível priorizar a alocação de recursos para mitigar os riscos mais significativos e reduzir a vulnerabilidade da organização.

A combinação das escalas de probabilidade e gravidade resulta em uma matriz de riscos, onde os eventos são classificados em categorias como baixa probabilidade/baixa gravidade, alta

²⁰⁶ OECD, 2018, op. cit.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ BRASIL. ABNT NBR ISO 31000:2009. Disponível em: <https://gestravp.files.wordpress.com/2013/06/iso31000-gestc3a3o-de-riscos.pdf>. Acesso em 24 nov. 2023.

²¹⁰ ALEXANDRE, Francisco De Assis Souza et al. Elaboração de um modelo de matriz de análise de risco e oportunidade com base na norma ABNT NBR ISO 9001:2015, 2023. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/375091230_Elaboracao_de_um_modelo_de_matriz_de_analise_de_risco_e_oportunidade_com_base_na_norma_ABNT_NBR_ISO_90012015. Acesso em 23 nov. 2023.

²¹¹ *Ibid.*

probabilidade/baixa gravidade, baixa probabilidade/alta gravidade e alta probabilidade/alta gravidade. Essa matriz orienta a empresa na identificação dos riscos mais críticos que exigem atenção imediata²¹².

A abordagem proativa na gestão de riscos também envolve a revisão constante da matriz de riscos, garantindo que novos riscos sejam identificados e avaliados à medida que surgem. Isso permite uma adaptação contínua da estratégia de mitigação, assegurando que a empresa esteja sempre preparada para lidar com ameaças emergentes²¹³.

A eficácia da gestão de riscos depende da colaboração de toda a organização. Os funcionários devem ser conscientizados sobre os riscos associados às suas atividades e treinados para adotar medidas preventivas. Além disso, a transparência na comunicação interna e externa é crucial, promovendo a confiança entre os *stakeholders* e demonstrando o comprometimento da empresa com a segurança e a responsabilidade corporativa²¹⁴.

Em suma, a gestão de riscos, com sua abordagem personalizada e proativa, é essencial para a adaptabilidade e a resiliência das organizações diante de um ambiente de negócios dinâmico e desafiador. Ao priorizar e mitigar os riscos de forma eficiente, as empresas podem garantir não apenas sua sobrevivência, mas também a criação de valor sustentável a longo prazo.

2.2. *Due diligence* no comércio internacional

O presente subtópico tem como objetivo abordar questões específicas relacionadas à *due diligence* no cenário internacional, destacando seu papel fundamental na prevenção de fraudes e ilícitos aduaneiros.

O termo *due diligence* não é frequentemente utilizado em matéria de direito do comércio internacional, quer dizer, não é especificamente mencionado em acordos comerciais regionais, em acordos comerciais multilaterais da Organização Mundial do Comércio (OMC), ou sequer usado na jurisprudência relevante dos órgãos de solução de controvérsias do sistema de comércio mundial²¹⁵.

²¹² *Ibid.*

²¹³ ABNT, 2009, op. cit.

²¹⁴ OECD, 2018, op. cit.

²¹⁵ KRAJEWSKI, Markus. *Due diligence in international trade law*. In: KREUZER, L.; H. KRIEGER; PETERS, A. *Due diligence in the international legal order*. Oxford: Oxford University Press, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3803074. Acesso em 20 out. 2023.

Na própria academia o termo não se revela com frequência, a título de exemplo, o Relatório do Grupo de Estudo sobre a Diligência Devida no Direito Internacional da Associação de Direito Internacional (ILA) exclui explicitamente a matéria de direito do comércio internacional comercial quanto a conceituação e importância da *due diligence*²¹⁶.

É especialmente notável, uma vez que o direito internacional do comércio parece conter elementos significativos de *due diligence*. Segundo entendimento de Krajewski, a *due diligence* poderia até ser entendida como o princípio de garantir que o território de um Estado não seja usado para impactar negativamente os direitos e interesses de outros Estados²¹⁷ e, nesse sentido, deveria ter lugar de destaque nas discussões quanto ao comércio internacional, em razão de seus efeitos inevitáveis em outros países devido à sua natureza como atividade transfronteiriça.

Ainda segundo Krajewski, a ausência de discussões sobre *due diligence* no comércio internacional pode ser explicada a partir de duas perspectivas que conectam os temas:

*First, transnational commercial activities inevitably affect other countries. Goods (and in the case of trade in services also people) cross the border and enter the territory of another state. They enter the domestic market and may have an immediate effect on the sale of domestic goods. However, they may also have negative effects on human health or consumer safety. Furthermore, trade may have effects on employment opportunities if domestic industries loose against their foreign competitors. [...] This raises the question whether the exporting state has or should have a due diligence obligation to consider these negative effects and possibly react to them by prohibiting or reducing the export of those goods or services which cause such negative effects. This dimension of due diligence is especially prominent in international environmental law, the law of transboundary watercourses and or the law of the sea. These areas of international law contain general obligations which require states to consider the negative effects of activities on their territories on territories of other states. However, international trade law does not take such an approach. [...]*²¹⁸

Ou seja, atividades comerciais transnacionais têm impactos diretos em outros países, influenciando o mercado local, saúde, segurança do consumidor e oportunidades de emprego, porém essas matérias não seriam objeto direto do direito do comércio internacional. Por outro lado, apesar do comércio ser predominantemente conduzido por atores privados, o direito do comércio internacional, embora se aplique a medidas específicas dos Estados, geralmente não regula o comportamento desses atores privados ou aborda os efeitos de suas ações, consequentemente não lidando com a realização (ou não) da *due diligence*.

²¹⁶ INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Study Group on Due Diligence in International Law: First Report, 2014. Disponível em: https://olympereseauinternational.files.wordpress.com/2015/07/due_diligence_-_first_report_2014.pdf. Acesso em 20 out. 2023.

²¹⁷ KRAJEWSKI, 2020, op. cit.

²¹⁸ *Ibid* p. 5.

*The second element of trade as an activity which seems to be linked to due diligence is the fact that trade is predominantly an activity which is carried out by private commercial actors. Due diligence requires states to address the effects of private behaviour or individuals on other states. Again, even though the key activity in international trade is an activity of private actors, international trade generally law does not address their behaviour. International trade law typically applies to specific measures of states, but it does not regulate private activities or address the effects of the behaviour of private entities. [...]*²¹⁹

Embora a *due diligence* não seja um termo comumente utilizado na jurisprudência da OMC, entende-se que os Membros da OMC podem cumprir as suas obrigações de devida diligência através de uma série de medidas, incluindo a monitorização e avaliação da consistência das normas privadas com os princípios de vários acordos, bem como a avaliação de quaisquer efeitos adversos de padrões privados em outros países.

Além disso, os Membros da OMC poderiam encetar diálogos com entidades privadas com o objetivo de persuadi-las a cumprir os princípios dos Acordos, portanto, a *due diligence* é um princípio que pode ser aplicado no contexto das obrigações multilaterais²²⁰.

De qualquer forma, a adoção da *due diligence* no âmbito do comércio internacional desempenha um papel essencial na prevenção de danos ambientais e na promoção de condições laborais justas. Empresas que incorporam práticas rigorosas de *due diligence* têm a oportunidade de avaliar e mitigar os impactos ambientais de suas operações, assegurando que seus processos produtivos estejam alinhados com padrões sustentáveis.

Essa abordagem também se estende à garantia da integridade das cadeias de suprimentos, visando eliminar práticas como trabalho infantil, escravo e outras violações dos direitos humanos. A realização de auditorias regulares permite que as empresas assegurem que seus parceiros de negócios estejam em conformidade com os direitos dos trabalhadores, contribuindo assim para a promoção do trabalho digno globalmente.

Em um cenário em que o direito do comércio internacional não aborda efetivamente o comportamento de atores privados no âmbito do comércio internacional, torna-se imperativo que os países assumam a responsabilidade de estabelecer obrigações para as empresas importadoras. Nesse contexto, a criação de requisitos específicos para a realização da *due diligence* ao longo de suas cadeias de fornecimento é crucial.

Instituir um sistema de gestão de riscos torna-se essencial para identificar, prevenir ou minimizar possíveis violações dos direitos humanos e impactos ambientais adversos. Ao impor

²¹⁹ *Ibid.* p. 5.

²²⁰ *Ibid.*

tais obrigações, os países não apenas promovem a responsabilidade corporativa, mas também contribuem para um comércio mais ético e sustentável, onde as empresas são incentivadas a considerar não apenas os interesses comerciais, mas também os impactos sociais e ambientais de suas atividades. Esse enfoque proativo pode criar uma base sólida para a construção de práticas comerciais mais éticas e responsáveis em escala global.

À título de exemplo, tem-se com a recente "Lei sobre Obrigações de *Due Diligence* Corporativa nas Cadeias de Abastecimento" da Alemanha, em vigor desde 1º de janeiro de 2023, um marco significativo ao normatizar a responsabilidade das empresas alemãs na preservação dos direitos humanos em cadeias de abastecimento globais²²¹.

Essa legislação estabelece a obrigatoriedade de um sistema de gestão de riscos para identificar, prevenir ou minimizar violações dos direitos humanos e danos ambientais. As empresas com administração na Alemanha, com pelo menos 3.000 funcionários a partir de 2023 e 1.000 a partir de 2024, são obrigadas a cumprir tais requisitos²²².

As obrigações de *due diligence* se estendem a toda a cadeia de abastecimento, cobrindo a área de negócios da empresa, ações de parceiros contratuais e de outros fornecedores indiretos. A legislação aborda onze convenções internacionais de direitos humanos e impõe multas administrativas de até 2% do volume de negócios global anual, com exclusão de empresas de contratos públicos em casos graves²²³.

A autoridade competente, o Gabinete Federal para os Assuntos Económicos e o Controlo das Exportações, possui amplos poderes de supervisão, incluindo inspeções, exigência de informações e imposição de sanções financeiras para garantir o cumprimento das obrigações legais. Essa abordagem rigorosa visa promover práticas comerciais éticas e responsáveis ao longo das cadeias de abastecimento²²⁴.

Como visto, a *due diligence* no comércio internacional desempenha um papel crucial na prevenção de práticas desonestas, incluindo corrupção, fraude e ilícitos aduaneiros. Ao

²²¹ BURGHARDT-KAUFMANN, Anna et al. *Due Diligence in Supply Chains – Update on corporate human rights and environmental due diligence requirements in the EU and Germany*, 2023. Disponível em: <https://www.whitecase.com/insight-alert/due-diligence-supply-chains-update-corporate-human-rights-and-environmental-due>. Acesso em 20 out. 2023.

²²² GERMANY. Federal Ministry of Labour and Social Affairs. *Supply Chain Act: Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains*, 2023. Disponível em: [https://www.csr-in-deutschland.de/EN/Business-Human-Rights/Supply-Chain-Act/supply-chain-act.html#:~:text=The%20Act%20sets%20out%20the.of%20other%20\(indirect\)%20suppliers](https://www.csr-in-deutschland.de/EN/Business-Human-Rights/Supply-Chain-Act/supply-chain-act.html#:~:text=The%20Act%20sets%20out%20the.of%20other%20(indirect)%20suppliers). Acesso em 20 out. 2023.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

investigar parceiros comerciais, fornecedores e agentes aduaneiros, as empresas podem identificar potenciais riscos e agir proativamente para evitá-los. A transparência nos processos comerciais e a verificação da conformidade com regulamentações internacionais são elementos essenciais para construir relações comerciais íntegras e éticas.

A disseminação generalizada da *due diligence* e do gerenciamento de riscos entre empresas envolvidas em transações globais traz benefícios significativos para os países participantes. A redução de danos ambientais e a promoção de condições laborais dignas contribuem para o desenvolvimento sustentável, protegendo os recursos naturais e melhorando a qualidade de vida nas comunidades locais.

Além disso, ao prevenir práticas corruptas e fraudulentas, os países se beneficiam de uma competição mais equitativa no comércio internacional. A confiança nas transações comerciais é fortalecida, atraindo investimentos e promovendo um ambiente de negócios saudável. A integridade nas operações comerciais internacionais, respaldada pela *due diligence*, não apenas preserva a reputação das empresas, mas também contribui para a construção de uma imagem positiva dos países no cenário global.

Em síntese, a implementação eficaz da *due diligence* no comércio internacional não apenas protege os interesses das empresas, mas também desempenha um papel vital na promoção da sustentabilidade, trabalho digno e integridade nas relações comerciais globais. Isso resulta em benefícios econômicos e sociais duradouros para os países envolvidos.

3. AUTORREGULAÇÃO COMO ALTERNATIVA EFICIENTE PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A busca por modelos de governança mais eficientes e ágeis tem levado à exploração de abordagens inovadoras que vão além das estruturas tradicionais da Administração Pública. Nesse contexto, este tópico visa examinar a capacidade da autorregulação em oferecer soluções dinâmicas e adaptativas para desafios complexos enfrentados pelo setor público.

3.1. Autorregulação como alternativa para a Administração Pública

Os artigos 170 e 174 da Constituição Federal delineiam as bases para a intervenção indireta do Estado na ordem econômica. O primeiro estabelece os fundamentos, a finalidade e

os princípios que norteiam essa intervenção, enquanto o segundo delimita a atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica²²⁵.

A regulação abrange a governança dos mercados, onde a comunidade exerce sua autonomia na organização da atividade econômica. Diferenciando-se de uma estrutura vertical e hierárquica, esta governança permite que os agentes econômicos mantenham sua autonomia por meio de relações contratuais e auto-organização.

Embora a atuação próxima e eficaz do Estado seja indispensável para o bom funcionamento da economia, é fundamental evitar o excesso de regras, o rigor exacerbado e a rigidez que possam prejudicar a atividade econômica, impondo restrições ao livre mercado que ultrapassem os limites necessários, tornando-se, assim, prejudiciais. É nesse contexto que a autorregulação ganha destaque como um mecanismo eficaz para controlar as instabilidades de mercado e reduzir os encargos e responsabilidades do Estado²²⁶.

Assim, cabe ao Estado desempenhar, conforme estabelecido em lei e na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. É relevante considerar, no entanto, que essas funções executivas, especialmente a fiscalização, pressupõem outras que são anteriores e igualmente contempladas no artigo 174 da Constituição: as de normatização e regulação.

De fato, se o Estado deve exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento "como agente normativo e regulador da atividade econômica", fica claro que sua responsabilidade primária é normatizar e regular essa atividade. Sem isso, a função de fiscalização perderia seu propósito, pois simplesmente não haveria parâmetros a serem fiscalizados.

A autonomia pública do governo em benefício da coletividade e a autonomia privada dos agentes econômicos limitam-se reciprocamente. A participação das empresas na criação de regras regulatórias amplia a legitimidade, tornando mais fácil o cumprimento dessas regras. Quando essas normas buscam reformar a governança das empresas, acrescentam transparência e legitimidade à influência que exercem no processo regulatório²²⁷.

A Administração Pública, portanto, tem a prerrogativa e a obrigação de empregar diversas técnicas econômicas disponíveis, sempre dentro dos limites do Estado de Direito, de

²²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2023. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 de out. 2023.

²²⁶ JUNIOR, Ruy Pereira C. Direito societário e regulação econômica. São Paulo: Editora Manole, 2018..

²²⁷ *Ibid.*

modo a evitar uma excessiva rigidez no setor e prevenir prejuízos para aqueles que agem de boa-fé. Nesse contexto, é vital que desempenhe seu papel fundamental como indutora da economia.

A transição de uma regulação estatal inflexível para uma abordagem mais adaptável implica dar ênfase a recomendações com respaldo jurídico e adotar a autorregulação com base em diretrizes estatais como forma de oferecer incentivos não compulsórios. O Estado colabora com os agentes privados na regulação, mantendo-se como o último garantidor dos interesses regulados e assumindo uma responsabilidade intransponível²²⁸.

A autorregulação, portanto, configura-se como um mecanismo para auxiliar no controle das instabilidades de mercado e na redução dos encargos e responsabilidades do Estado. Isso permite que o Estado direcione sua atenção de maneira mais focada nas funções executivas, como fiscalização, incentivo e planejamento, em vez de nas funções mais qualitativas, como normatização e regulação²²⁹.

As vantagens associadas à autorregulação abrangem um comprometimento mais robusto das partes reguladas com as regras que elas próprias formulam, resultando em uma percepção de legitimidade. Além disso, a expertise e o conhecimento técnico dos regulados contribuem para a criação de normas informadas, reduzindo, assim, os custos para o poder público, especialmente no que diz respeito ao monitoramento, que é parcialmente conduzido pelos pares de cada entidade regulada, com a internalização dos custos administrativos²³⁰.

A autorregulação proporciona um alinhamento mais preciso entre a norma e seus objetivos, evitando detalhamentos excessivos ou vaguezas. Além disso, as regras podem ser mais abrangentes, abordando uma variedade de riscos. A flexibilidade inerente à autorregulação facilita adaptações a novas circunstâncias, fomentando a inovação. Por fim, os mecanismos autorregulatórios possibilitam que o próprio regulado ajuste o regime regulatório para maior racionalidade econômica, reconhecendo sua autonomia moral²³¹.

Quanto às desvantagens da autorregulação, destacam-se a inadequação em situações que envolvem a correção de falhas de mercado relacionadas à falta de competição ou externalidades negativas, o risco de conflitos de interesses, a possibilidade de cartelização e criação de barreiras à entrada de outras empresas no mercado, e a falta de incentivo para que as empresas

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ COSTA, Mário L. Oliveira da. Regulação e Autorregulação. O Direito Econômico na Atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 169-190.

²³⁰ JUNIOR, 2018, op. cit.

²³¹ *Ibid.*

limitem suas próprias atividades por meio da autorregulação, a menos que haja colusão, o que é proibido por lei²³².

Outras preocupações incluem o risco de obsolescência das regras, custos elevados de supervisão estatal, especialmente quando obrigatória, e a falta de transparência e prestação de contas perante o público e os consumidores. Pode ser exigida a prévia aprovação estatal dos mecanismos internos criados pelas empresas.

3.2. Autorregulação eficiente conforme o princípio de Pareto

A Análise Econômica do Direito, mais especificamente a Teoria Neo-Institucionalista, promoveu a integração no estudo jurídico de ferramentas analíticas típicas da Economia, especialmente o conceito de eficiência²³³. Referido conceito é caracterizado por ser plurissignificativo, em praticamente todos os seus sentidos, a eficiência econômica é obtida quando se maximiza o bem-estar social ou o bem-estar do agente, dessa forma, é de se esperar que políticas públicas tenham por objeto o aumento do bem-estar social, ou seja, que estejam vinculadas a análise eficiente, tal como previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal²³⁴.

A eficiência alocativa remete a escassez de recursos sociais e de seus usos concorrentes e excludentes, o que significa que uma escolha será considerada alocativamente eficiente se for considerada a alocação que gere o maior bem-estar possível²³⁵.

Nesse sentido, o princípio de Pareto surge como uma abordagem na Análise Econômica do Direito para avaliar diferentes estados sociais sem recorrer a comparações subjetivas de utilidade entre pessoas. Ou seja, uma mudança no estado atual é considerada superior pelo critério de Pareto se beneficiar pelo menos uma pessoa sem prejudicar qualquer outra.

Por outro lado, uma situação deve ser julgada inferior pelo critério de Pareto se prejudicar alguém sem beneficiar ninguém mais. Um estado é considerado um ótimo de Pareto quando não há oportunidade de melhorar para ninguém. Esses ótimos de Pareto também são conhecidos como estados eficientes de Pareto. Portanto, ao analisar a eficiência de uma política pública, pode-se estar afirmando que não é possível aprimorar a situação de mais ninguém sem

²³² *Ibid.*

²³³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia. Artigos Direito GV. (Working Paper) 3. São Paulo, 2007.

²³⁴ BRASIL, 1988, *op. cit.*

²³⁵ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, nov. 2020. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581>. Acesso em: 31 jul. 2022.

deteriorar a de outra pessoa (ótimo de Pareto) ou que a alteração resultante da política pública beneficia alguém sem causar prejuízo a ninguém mais (Pareto superior)²³⁶.

Assim, tem-se que a eficiência de Pareto, pode ser interpretada, no que diz respeito à alocação eficiente de recursos legais, que o sistema legal deve buscar uma distribuição eficiente de recursos, maximizando os benefícios e minimizando os custos para as partes envolvidas. Na resolução de litígios, a Eficiência de Pareto é aplicada por meio de métodos que buscam resolver conflitos de forma eficaz, evitando custos excessivos para todas as partes.

A Análise Econômica do Direito, ao avaliar custos e benefícios das leis, utiliza o Princípio de Pareto para identificar regras ou intervenções legais que proporcionam maiores benefícios com menores custos, contribuindo para uma eficiência global. Ao considerar incentivos e o cumprimento da lei, a Eficiência de Pareto sugere que as leis devem incentivar comportamentos que levem a resultados socialmente eficientes.

A aplicação do princípio de Pareto à autorregulação por parte das empresas privadas sugere que essa abordagem pode ser eficiente em certas circunstâncias. O cerne da questão reside na capacidade das empresas de regular suas próprias atividades de uma maneira que beneficie pelo menos uma parte sem prejudicar as demais, o que, segundo o princípio de Pareto, seria considerado superior.

A autorregulação oferece vantagens notáveis, conforme explorado anteriormente, entanto, é crucial notar que a eficácia da autorregulação depende da responsabilidade e ética das empresas envolvidas. Se não houver uma aplicação adequada de práticas autorreguladoras, podem surgir riscos à transparência e à responsabilidade social, resultando em situações que não são consideradas Pareto superiores.

Dessa forma, a análise da autorregulação como uma alternativa eficiente para a administração pública destaca a capacidade das organizações de autorregular suas práticas, promovendo eficiência e adaptação contínua, desde que regulada pelo Estado. Essa abordagem se revela especialmente relevante quando aplicada ao contexto do comércio internacional. Nesse cenário, a autorregulação desempenha um papel crucial na gestão de riscos associados a fraudes e ilícitos aduaneiros.

Um exemplo notável é o Programa OEA, que será explorado no próximo tópico. O OEA exemplifica de maneira concreta como a autorregulação, incorporada à *due diligence*, pode não

²³⁶ *Ibid.*

apenas fortalecer a integridade das operações comerciais, mas também reduzir substancialmente os riscos inerentes a práticas fraudulentas e ilícitas.

Ao examinar de perto esse caso, será possível elucidar como a autorregulação, manifestada no contexto do Programa OEA, emerge como uma estratégia eficaz na promoção de uma cadeia logística internacional mais segura e ética.

4. PROGRAMA OPERADOR ECONÔMICO AUTORIZADO (OEA) COMO EXEMPLO DE AUTORREGULAÇÃO EFICIENTE

No cenário dinâmico do comércio global, a eficiência e a segurança das transações internacionais são elementos essenciais para o sucesso das operações. Nesse contexto, o Programa OEA surge como um paradigma de autorregulação eficiente, estabelecendo novos padrões na gestão de riscos e na promoção de práticas comerciais seguras.

Este tópico explora de maneira aprofundada o Programa OEA como um exemplo de autorregulação, dividindo-se em três tópicos interligados. Inicialmente, aborda o programa em si, introduzindo suas características e requisitos para certificação, oferecendo uma visão abrangente dos fundamentos e objetivos que orientam essa iniciativa.

Em seguida, analisa a realização mandatória de *due diligence* no Programa OEA, observando as práticas que fortalecem a capacidade do programa em mitigar riscos e garantir a conformidade na cadeia logística internacional. Por fim, explora a eficiência da autorregulação proposta pelo Programa OEA, examinando de que maneira as empresas certificadas conseguem equilibrar a agilidade operacional com a observância rigorosa das normativas, conferindo vantagens competitivas no cenário internacional.

Ao desdobrar esses temas, pretende-se proporcionar uma compreensão abrangente do papel desempenhado pelo Programa OEA no contexto da autorregulação eficiente, no que tange à realização de *due diligence*, no comércio internacional.

4.1. Introdução ao Programa OEA

O final do século XX foi marcado pelo fortalecimento do movimento de globalização e observou um aumento significativo no fluxo de pessoas e mercadorias entre países. Apesar dos benefícios amplamente discutidos, como o impulso ao crescimento da economia global, essa

interconexão intensificada também deu origem a desafios significativos, entre os quais se destaca a vulnerabilidade a atividades ilícitas²³⁷.

Nesse contexto, facções criminosas em todo o globo aproveitam-se desse intenso fluxo comercial para introduzir mercadorias, muitas vezes de maneira ilícita ou desviada, escapando das malhas das fiscalizações aduaneiras. Esse cenário propicia o florescimento de práticas criminosas variadas, incluindo o tráfico de drogas e armas, contrabando, lavagem de dinheiro e outras atividades ilícitas²³⁸.

Frente a essa realidade, alguns países têm empreendido estudos para desenvolver medidas capazes de dinamizar os processos aduaneiros. O objetivo é promover eficiência e agilidade, sem sacrificar a vitalidade do controle sobre as cargas, buscando reduzir retrabalhos e aprimorar os mecanismos de fiscalização²³⁹.

Em resposta a referidos desafios, o Programa OEA surge como uma medida estratégica para fortalecer os controles aduaneiros e reduzir os riscos associados a atividades ilícitas. O Programa OEA representa uma parceria estratégica entre as autoridades aduaneiras e empresas, com o objetivo de fortalecer a segurança da cadeia de suprimentos internacional. Ao estabelecer padrões rigorosos de segurança e conformidade confere o status de "confiável" às empresas que atendem a esses critérios²⁴⁰.

No âmbito internacional, o OEA oferece uma abordagem globalmente reconhecida para identificar e validar membros confiáveis do comércio, facilitando operações transfronteiriças e reduzindo barreiras alfandegárias e permitindo a realização de Acordos de Reconhecimento Mútuo²⁴¹.

No contexto das instituições nacionais, como a Receita Federal, o OEA fortalece a colaboração entre as autoridades aduaneiras e as empresas, promovendo uma gestão mais eficiente e segura das operações comerciais. A Receita Federal desempenha um papel crucial na fiscalização das empresas certificadas, contribuindo para a integridade e agilidade das operações comerciais no país²⁴².

²³⁷ BRASIL. Perguntas & Respostas – Programa Brasileiro de OEA. Receita Federal Brasileira, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/aduana-e-comercio-exterior/importacao-e-exportacao/oea/perguntas-respostas>. Acesso em 20 de out. 2023.

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ WIDDOWSON, David. AEO: a plurilateral approach to mutual recognition. Professional paper. UDC: 339.542.2(100). Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/147459/1/867952210.pdf>. Acesso em 11 jan. 2024.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² *Ibid.*

O Programa marca um avanço na autorregulação, em matéria aduaneira, estabelecendo critérios rigorosos para elegibilidade e padrões operacionais para empresas certificadas²⁴³. Ao permitir que empresas assumam a responsabilidade pela *due diligence*, o Programa OEA não apenas promove a eficiência nos processos aduaneiros, mas também contribui para a transparência, legalidade e segurança nas transações internacionais. Essa abordagem ilustra como o equilíbrio entre facilitação do comércio e controle estatal pode ser alcançado com êxito, conforme será demonstrado na sequência.

Segundo o inciso 1º do art. 2º da Instrução Normativa RFB nº 2.154/2023, entende-se por Operador Econômico Autorizado “o interveniente nas operações de comércio exterior envolvido na movimentação internacional de mercadorias a qualquer título, certificado nos termos desta Instrução Normativa”²⁴⁴.

Assim, o Operador Econômico Autorizado emerge como um aliado estratégico da Receita Federal. Uma vez demonstrado o cumprimento dos requisitos e critérios do Programa OEA, esse operador será certificado como de baixo risco e confiável. Como resultado, poderá desfrutar dos benefícios proporcionados pela Aduana, incluindo maior agilidade e previsibilidade nos fluxos do comércio internacional²⁴⁵.

4.2. Due diligence no Programa OEA

Conforme exposto, a gestão de riscos é uma fase crucial na realização da *due diligence*, que busca explorar os impactos adversos reais ou potenciais das atividades empresariais. A abordagem eficaz envolve a personalização de estratégias conforme a gravidade e probabilidade dos impactos, priorizando-os de forma contínua.

Nesse sentido, importa mencionar que o Programa OEA é regido pela gestão de riscos como um princípio²⁴⁶, tendo como um de seus objetivos o aperfeiçoamento da gestão de riscos das operações aduaneiras, sendo a realização do gerenciamento de riscos um critério para fins de certificação.

O conceito de risco é abordado como uma medida de dano potencial, envolvendo probabilidade, vulnerabilidade e consequência. Embora o risco não possa ser eliminado, uma

²⁴³ BRASIL, 2022, op. cit.

²⁴⁴ BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 2154 de 26 de julho de 2023. Dispõe sobre o Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado. Diário Oficial da União, Brasília, DF, seção 1, p. 20. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-rfb-n-2.154-de-26-de-julho-de-2023-498991875>. Acesso em 20 de out. 2023.

²⁴⁵ BRASIL, 2022, op. cit.

²⁴⁶ BRASI, 2023, op. cit. Art. 3º, IX.

avaliação adequada pode reduzir as probabilidades ou os danos, diminuindo a vulnerabilidade geral do operador²⁴⁷.

Um dos critérios relevantes nesse contexto é a "Visão de Segurança, Avaliação de Riscos e Melhoria," que destaca a importância do envolvimento e apoio da alta administração para a eficácia do programa de segurança da cadeia de suprimentos. A liderança da empresa desempenha um papel fundamental na incorporação da cultura de segurança, garantindo que o operador avalie adequadamente os riscos que podem impactar negativamente seus processos de trabalho²⁴⁸.

O critério também enfatiza a necessidade de os operadores considerarem diversos fatores ao determinar o risco em suas cadeias de suprimentos, como o modelo de negócios, a localização geográfica dos fornecedores e outros aspectos exclusivos de cada cadeia. Em casos de cadeias de suprimentos extensas, o OEA pode concentrar seus esforços em áreas geográficas e pontos da cadeia com maior risco, reconhecendo que o risco é uma medida de dano potencial que envolve probabilidade, vulnerabilidade e consequência.

O critério "Gerenciamento de Riscos Aduaneiros" assegura que o OEA mantenha um processo contínuo de gerenciamento de riscos, incluindo a identificação, análise, avaliação, priorização, tratamento e monitoramento de eventos com potencial impacto negativo nos requisitos estabelecidos pelos critérios gerais e específicos para a modalidade OEA-Conformidade. Além disso, a revisão anual do processo de gerenciamento de riscos é exigida, com revisões adicionais em caso de alterações significativas no contexto interno ou externo²⁴⁹.

A *due diligence* está presente em quase todos os critérios do Programa OEA, por exemplo, para ser certificado e manter a certificação, é necessário que o operador tenha um bom histórico de cumprimento da legislação nacional, cuja análise retroage a 5 (cinco) anos e buscar avaliar Incidentes, ocorrências e infrações que representem graves riscos à segurança da cadeia de suprimentos internacional ou à conformidade aduaneira²⁵⁰.

Nos critérios de segurança da informação e análise de cargos sensíveis, também é exigido acompanhamento contínuo acerca dos riscos existentes. Aqui, a utilização de uma matriz de riscos com a mencionada escalada de gravidade e probabilidade se faz extremamente

²⁴⁷ BRASIL. Receita Federal. Novo Guia OEA de Implementação dos Requisitos – Todas as Funções, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/aduana-e-comercio-exterior/importacao-e-exportacao/oea/biblioteca-do-oea/novo-guia-de-implementacao-todas-as-funcoes.pdf>. Acesso em 13 nov. 2023.

²⁴⁸ BRASI, 2023, op. cit.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ *Ibid.*

útil eis que a legislação exige que tais políticas e procedimentos sejam revisados anualmente ou com mais frequência, conforme o risco ou as circunstâncias o exigirem²⁵¹.

Em resumo, o Programa OEA incorpora a gestão de riscos como um elemento central, reconhecendo a importância de uma abordagem proativa para mitigar impactos negativos nas operações aduaneiras, promovendo assim a segurança e a conformidade.

4.3. Eficiência da autorregulação proposta pelo Programa OEA

A relação entre a *due diligence*, especialmente no Programa OEA e a atuação do Estado como agente normativo e regulador na gestão da atividade econômica torna-se evidente. O Programa OEA estabelece padrões e parâmetros a serem seguidos pelas empresas, orientando a necessidade imperativa da gestão de riscos para obtenção da certificação.

No entanto, é importante ressaltar que a forma como essa *due diligence* é efetivamente conduzida é, em grande parte, desenvolvida pela própria empresa. O Estado, ao definir os requisitos e critérios para a certificação no Programa OEA, exerce sua função de agente normativo e regulador, estabelecendo as bases para a segurança e conformidade nas operações internacionais.

A autonomia das empresas na realização da *due diligence* dentro dos parâmetros estabelecidos reflete a reciprocidade entre Estado e agentes privados mencionada anteriormente. A participação ativa das empresas na criação e implementação de práticas de *due diligence* não apenas amplia a legitimidade do processo, mas também fortalece a eficiência da certificação OEA.

Isso adiciona uma camada de transparência e confiabilidade ao programa, uma vez que as empresas, ao gerenciarem seus próprios riscos de maneira eficiente, contribuem para a efetividade das medidas de segurança estabelecidas pelo Estado.

Dessa forma, o OEA representa um exemplo prático de como a autorregulação, baseada na realização mandatória de *due diligence* e em um robusto gerenciamento de riscos, pode ser considerada pareto eficiente, beneficiando tanto as empresas quanto o Estado.

Ao possibilitar que as empresas se autorregulem, mediante a implementação de práticas de *due diligence* e gerenciamento de riscos, o OEA oferece vantagens significativas para as empresas certificadas. A redução do tempo de análise e fiscalização por parte da Receita Federal é uma dessas vantagens, resultando em eficiência operacional e custos reduzidos para as

²⁵¹ *Ibid.*

empresas participantes. Esse ganho de eficiência é um claro benefício pareto superior, uma vez que melhora a situação de pelo menos uma parte (as empresas) sem prejudicar nenhuma outra.

Ao mesmo tempo, o Estado se beneficia ao otimizar o trabalho da Receita Federal. O programa proporciona uma segurança adicional ao Estado, assegurando que as empresas certificadas estejam aderindo a práticas aduaneiras legais e éticas. Isso implica uma redução nos esforços e custos associados à fiscalização, permitindo que os recursos da Receita Federal sejam direcionados de maneira mais eficaz para áreas de maior risco. Dessa forma, o programa OEA contribui para uma situação pareto superior ao melhorar a posição do Estado sem causar prejuízo às empresas certificadas.

Portanto, o Programa OEA ilustra como a autorregulação, combinada com *due diligence* e gerenciamento de riscos, pode ser pareto eficiente, criando uma dinâmica em que tanto as empresas quanto o Estado obtêm benefícios mútuos, resultando em uma alocação eficiente de recursos e esforços.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da complexidade do cenário do comércio internacional, este artigo buscou aprofundar a compreensão sobre a prática de *due diligence*, destacando seu papel crucial na prevenção de fraudes e ilícitos aduaneiros. Ao focalizar a eficiência das operações de comércio internacional sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, a pesquisa concentrou-se nos instrumentos de *due diligence* previstos na legislação brasileira do Programa OEA.

A implementação de práticas de *due diligence* por empresas certificadas oferece benefícios substanciais, como a redução de riscos e custos associados a operações não planejadas. Ao identificar e mitigar riscos, as empresas conseguem operar de maneira mais eficiente, evitando atrasos aduaneiros, penalidades e apreensões.

A previsibilidade proporcionada pela realização mandatória de *due diligence* contribui para a conformidade das empresas com requisitos legais e regulatórios. Esse alinhamento reduz a possibilidade de litígios e penalidades, fomentando uma operação mais eficiente.

Além disso, a Análise Econômica do Direito indica que a simplificação de procedimentos burocráticos pode otimizar a alocação de recursos. O Programa OEA, ao exigir *due diligence*, facilita a comunicação entre empresas e autoridades aduaneiras, agilizando procedimentos e reduzindo burocracias.

Ao promover a conformidade legal e ética, a *due diligence* contribui para a criação de um ambiente de comércio internacional mais justo. Este estímulo à concorrência equitativa pode resultar em benefícios econômicos para o setor como um todo.

Ademais, a realização de *due diligence* proporciona um ambiente de maior segurança jurídica para as empresas. A clareza sobre as regras e procedimentos que regem as operações de comércio internacional é essencial para fomentar investimentos e facilitar transações comerciais.

Portanto, os instrumentos de *due diligence* do Programa OEA, ao promover a gestão eficaz de riscos, facilitar procedimentos e garantir a conformidade legal, são considerados, pela Análise Econômica do Direito, essenciais para aprimorar a eficiência das operações de comércio internacional.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Francisco De Assis Souza *et al.* **Elaboração de um modelo de matriz de análise de risco e oportunidade com base na norma ABNT NBR ISO 9001:2015**, 2023.

Disponível em:

https://www.researchgate.net/publication/375091230_Elaboracao_de_um_modelo_de_matriz_de_analise_de_risco_e_oportunidade_com_base_na_norma_ABNT_NBR_ISO_90012015.

Acesso em 23 nov. 2023.

BRASIL. ABNT NBR ISO 31000:2009. Disponível em:

<https://gestravp.files.wordpress.com/2013/06/iso31000-geste3a3o-de-riscos.pdf>. Acesso em

24 nov. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF:

Presidência da República, 2023. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 26 de out.

2023.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB nº 2154 de 26 de julho de 2023**. Dispõe sobre o

Programa Brasileiro de Operador Econômico Autorizado. Diário Oficial da União, Brasília,

DF, seção 1, p. 20. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-rfb-n-2.154-de-26-de-julho-de-2023-498991875>. Acesso em 20 de out. 2023.

BRASIL. **Perguntas & Respostas – Programa Brasileiro de OEA**. Receita Federal

Brasileira, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/aduana-e-comercio-exterior/importacao-e-exportacao/oea/perguntas-respostas>. Acesso em 20 de out.

2023.

BRASIL. **Portaria COANA nº 133 de 14 de agosto de 2023**. Regulamenta dispositivos da

Instrução Normativa RFB nº 2.154, de 26 de julho de 2023, que dispõe sobre o Programa

Brasileiro de Operador Econômico Autorizado. Diário Oficial da União, Brasília, DF, seção 1,

p. 36. Disponível em:

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=132670>. Acesso em 20

de out. 2023.

BRASIL. Receita Federal. **Novo Guia OEA de Implementação dos Requisitos – Todas as**

Funções, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/aduana-e-comercio-exterior/importacao-e-exportacao/oea/biblioteca-do-oea/novo-guia-de-implementacao-todas-as-funcoes.pdf>. Acesso em 13 nov. 2023.

BURGHARDT-KAUFMANN, Anna et al. **Due Diligence in Supply Chains – Update on**

corporate human rights and environmental due diligence requirements in the EU and

Germany, 2023. Disponível em: <https://www.whitecase.com/insight-alert/due-diligence-supply-chains-update-corporate-human-rights-and-environmental-due>.

Acesso em 20 out. 2023.

CARVALHO, André, C. et al. **Manual de Compliance**. Grupo GEN, 2021.

COSTA, Mário L. Oliveira da. **Regulação e Autorregulação. O Direito Econômico na**

Atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 169-190.

GERMANY. Federal Ministry of Labour and Social Affairs. **Supply Chain Act: Act on Corporate Due Diligence Obligations in Supply Chains**, 2023. Disponível em: [https://www.csr-in-deutschland.de/EN/Business-Human-Rights/Supply-Chain-Act/supply-chain-act.html#:~:text=The%20Act%20sets%20out%20the,of%20other%20\(indirect\)%20suppliers.](https://www.csr-in-deutschland.de/EN/Business-Human-Rights/Supply-Chain-Act/supply-chain-act.html#:~:text=The%20Act%20sets%20out%20the,of%20other%20(indirect)%20suppliers.) Acesso em 20 out. 2023.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 16, n. 2, p. 1-43, nov. 2020. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/3581>. Acesso em: 31 jul. 2022. DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2020.v16i2.3581>.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. **Study Group on Due Diligence in International Law: First Report**, 2014. Disponível em: https://olympereseauinternational.files.wordpress.com/2015/07/due_diligence_-_first_report_2014.pdf. Acesso em 20 out. 2023.

JUNIOR, Ruy Pereira C. **Direito societário e regulação econômica**. São Paulo: Editora Manole, 2018.

KRAJEWSKI, Markus. Due diligence in international trade law. *In*: KREUZER, L.; H. KRIEGER; PETERS, A. **Due diligence in the international legal order**. Oxford: Oxford University Press, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3803074. Acesso em 20 out. 2023.

MCDONALD, Neil. The role of due diligence in international law. **International & Comparative Law Quarterly**. Cambridge University Press, 68(4), p. 1041-1054, 2019.

OECD. **Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais sobre Conduta Empresarial Responsável**, 2023. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais-sobre-conduta-empresarial-responsavel_663b7592-pt. Acesso em 12 nov. 2023.

OECD. **Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável**, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/investment/due-diligence-guidance-for-responsible-business-conduct.htm>. Acesso em 20 out. 2023.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é direito e economia**. Artigos Direito GV. (Working Paper) 3. São Paulo, 2007.

WIDDOWSON, David. **AEO: a plurilateral approach to mutual recognition**. Professional paper. UDC: 339.542.2(100). Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/147459/1/867952210.pdf>. Acesso em 11 jan. 2024.

6. EMPRESAS ESTATAIS: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE CONCEITOS DE ENTES MULTILATERIAIS E UNILATERIAIS

7. STATE OWNED ENTERPRISE: COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN CONCEPTS OF MULTILATERIAL AND SINGLE-LATERIAL ENTITIES

Maria Eduarda Hajjar Milki

SUMÁRIO: Introdução 1. Conceituação conforme normativo da ofac. 1.1. Conceito de empresas estatais: regra dos 50 por cento (“50 percent rule”) 1.2. Conceito de empresas estatais em programas específicos (rússia e irã) 2. Conceituação conforme conselho europeu e comissão europeia. 3. Análise comparativa: conceitos de entes multilaterais vs. Unilaterais 4. Conclusão.

RESUMO: As empresas estatais têm fundamental relevância na economia mundial e sua participação no mercado global tem aumentado consideravelmente nos últimos anos. No entanto, a conceituação de empresas estatais por órgãos multilaterais mostra-se pouco conclusiva ou sem efeito vinculante, tendo pouca aplicabilidade prática para dirimir distorções de mercado não abarcadas pela OMC ou fóruns bilaterais. Nesse sentido, faz-se relevante analisar os conceitos unilaterais aplicados atualmente por duas das principais agências sancionadoras, OFAC e Conselho Europeu, a fim de confirmar se, diante da ausência de conceitos concretos de órgãos multilaterais, o conceito de empresas estatais tem sido definido unilateralmente por países.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio internacional; Empresas estatais; Multilateralismo; Unilateralismo

ABSTRACT: State-owned companies are essential to the world economy and their participation in the global market has increased considerably in recent years. However, the definition of state-owned enterprises by multilateral bodies has proved to be inconclusive and/or non-binding, with limited practical applicability for resolving market distortions not encompassed by the WTO or bilateral forums. In this sense, the present article analyzes the unilateral concepts currently applied by two of the main sanctioning agencies worldwide, OFAC and the European Council, in order to confirm whether, in the absence of concrete concepts from multilateral bodies, the concept of state-owned enterprises has been defined unilaterally by countries.

KEYWORDS: International trade; State-owned enterprises; Multilateralism; Unilateralism

INTRODUÇÃO

O fomento a políticas públicas de comércio internacional ocorre há anos e a participação do Estado é de fundamental importância para suprir lacunas de mercado e fortalecer a indústria

nacional. Nesse sentido, as empresas estatais representam papel relevante na economia mundial, sendo os maiores produtores de aço, alumínio, material rodante, navios e cimento²⁵². Nos últimos 20 anos demonstram aumento significativo, tendo triplicado a participação dentre as 500 principais empresas mundiais, conforme dados divulgados pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²⁵³.

Dentre os mercados emergentes, a China apresenta o maior portfólio de empresas estatais em termos absolutos, haja vista que o governo chinês tem participação integral ou majoritária em cerca de 51 mil empresas, enquanto os demais países detém, por exemplo, 370 (Hungria), 270 (Índia) e 134 (Brasil)²⁵⁴ empresas estatais, conforme dados da OCDE.

Por sua vez, as empresas estatais da Rússia também são de grande relevância para o mercado mundial e para economia do país, em especial para os setores estratégicos como defesa e infraestrutura, somando mais de 3600 empresas²⁵⁵.

Apesar de considerável relevância econômica, atualmente não há definição precisa estabelecida por organismos multilaterais acerca do conceito de empresas estatais. Há, no entanto, alguns apontamentos e diretrizes realizados pela Organização Mundial do Comércio (OMC) – em seu Acordo Geral de Tarifas e Comércio (em inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade* ou GATT), Acordo de Agricultura e Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias –, bem como pela OCDE – em suas Diretrizes sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais de 2015.

Criado para regulamentar o comércio internacional, o GATT estabelece regras e princípios fundamentais que visam assegurar a concorrência leal entre países, dentre os quais destaca-se o princípio de não discriminação²⁵⁶. Portanto, para equiparar as condições de

²⁵² OCDE. GOVERNMENT SUPPORT AND STATE ENTERPRISES IN INDUSTRIAL SECTORS. 2023. [https://one.oecd.org/document/TAD/TC\(2022\)9/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/TAD/TC(2022)9/FINAL/en/pdf)

²⁵³ Destaca-se que os dados disponibilizados pelo ranking Fortune Global 500 não apresentam quesitos para a classificação com empresa estatal, sendo a segregação divulgada pela OCDE. Disponível em <https://www.oecd-forum.org/posts/an-increasing-role-of-state-owned-enterprises-in-the-global-economy-calls-for-better-governance>.

²⁵⁴ OCDE, 2017. The Size and Sectorial Distribution of State-Owned Enterprises.

²⁵⁵ Números estimado, pois dados oficiais não reportados aos organismos multilaterais.

“Economists estimate that today the Russian government fully owns more than 160 joint-stock companies, apart from having controlling stakes in more than 540 companies and a blocking stake in almost 1,200 companies. There are also smaller holdings that the Russian government has in another 1,750 enterprises. According to the Russian Government, enterprises in which the state retains its share have a strategic significance for Russia in terms of both defense security and state control over key infrastructure components. In addition, the state maintains its control over natural monopolies.” Disponível em <https://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/35175304.pdf>

²⁵⁶ “1. Most-favoured-nation (MFN): treating other people equally. Under the WTO agreements, countries cannot normally discriminate between their trading partners. [...] 2. National treatment: Treating foreigners and locals

mercado, as regras dispostas no Acordo para empresas privadas são aplicáveis de forma equivalente às empresas estatais, conforme exposto no art. 17.1. do GATT:

Cada Parte Contratante que funde ou mantenha uma **empresa de Estado**, seja onde for, ou que conceda de direito ou de fato, a **qualquer empresa privilégios exclusivos ou especiais** compromete-se a que essa empresa, em suas compras ou vendas que tenham por origem ou por consequência importações ou exportações, se conforme ao **princípio geral de não discriminação** adotado pelo presente Acordo para as medidas de natureza legislativa ou administrativa relativas às importações ou exportações efetuadas pelos comerciantes particulares. (grifos nossos).

Por conseguinte, o GATT traz fundamentalmente três conceitos-chave para a definição de empresas estatais: (i) empresas que pertencem ao Estado; (ii) empresas que recebem privilégio exclusivo ou especial; (iii) empresas que gozam de privilégios de comercialização exclusiva.²⁵⁷

O dispositivo, no entanto, não apresenta conceito suficientemente claro, motivo pelo qual foi publicado Entendimento sobre a Interpretação da Art. XVII do GATT na Rodada do Uruguai, que amplia o escopo do conceito para abarcar o critério de influência no “nível ou direção das importações e exportações”²⁵⁸:

As empresas governamentais e não-governamentais, inclusive marketing boards, a que tenham sido outorgados direitos e privilégios especiais, inclusive poderes constitucionais ou legais, no exercício dos quais influenciam por meio de suas compras e vendas o nível ou a direção das importações e exportações.

Novamente, a Organização adiciona critério para classificação de estatal, sem, no entanto, destrinchar os conceitos apresentados no texto, como “privilégios especiais” e “influência”²⁵⁹. Assim, a OMC criou Grupo de Trabalho sobre Empresas Estatais, o qual publicou lista não exaustiva sobre potenciais entes a serem caracterizados como estatais²⁶⁰. São eles: (i) organismos oficiais de comercialização; (ii) escritórios de comercialização de produtos

equally. Imported and locally-produced goods should be treated equally — at least after the foreign goods have entered the market. The same should apply to foreign and domestic services, and to foreign and local trademarks, copyrights, and patents. [...] **The rules on non-discrimination — MFN and national treatment — are designed to secure fair conditions of trade.**” OCDE, Principles of the trading system. Disponível em [https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#:~:text=without%20discrimination%20%E2%80%94%20a%20country%20should,giving%20them%20%E2%80%9Cnational%20treatment%E2%80%9D\)%3B](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#:~:text=without%20discrimination%20%E2%80%94%20a%20country%20should,giving%20them%20%E2%80%9Cnational%20treatment%E2%80%9D)%3B)

²⁵⁷ ATHAYDE, Amanda.; MONTEIRO, H.; MARSSOLA, J.. A busca pela definição de empresa estatal nos acordos da OMC, Florianópolis, 2022.

²⁵⁸ OMC. Understanding on the Interpretation of Article XVII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994. Disponível em https://wto.org/english/docs_e/legal_e/08-17_e.htm

²⁵⁹ ATHAYDE, Amanda.; MONTEIRO, H.; MARSSOLA, J.. A busca pela definição de empresa estatal nos acordos da OMC, Florianópolis, 2022.

²⁶⁰ ATHAYDE, Amanda.; MONTEIRO, H.; MARSSOLA, J.. A busca pela definição de empresa estatal nos acordos da OMC, Florianópolis, 2022.

exportados; (iii) organismos de regulamentação e de comercialização; (iv) monopólios fiscais; (v) organismos centralizadores; (vi) empresas de comércio exterior; (vii) escritórios ou empresas em processo de nacionalização.

Além do GATT, houve ainda tentativa de delimitação do conceito de estatais no art. 4 do Acordo de Agricultura²⁶¹, bem como no art. 1 o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias²⁶² – também pouco conclusivas.

Como alternativa aos conceitos trazidos pela OMC, a OCDE apresenta conceito mais aprofundado sobre o tema nas Diretrizes sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais²⁶³:

“Para fins dessas Diretrizes, qualquer pessoa jurídica reconhecida pela legislação nacional como uma empresa, e cuja propriedade seja exercida pelo Estado, deve ser considerada uma [empresa estatal] EE. Isso inclui sociedades por ações, sociedades de responsabilidade limitada e as parcerias e outros tipos ou arranjos societários ou contratuais de responsabilidade limitada. Além disso, as sociedades criadas por lei, que têm sua personalidade jurídica estabelecida por meio de legislação específica, devem ser consideradas EEs, caso sua finalidade e atividades, ou parte delas, sejam predominantemente de natureza econômica.

[...]

As Diretrizes são aplicáveis a todas as EEs que realizam atividades econômicas, seja exclusivamente ou juntamente com a busca dos objetivos de políticas públicas, ou do exercício da autoridade governamental, ou uma função governamental.”

De forma complementar, o texto das Diretrizes dispõe, dentre outros conceitos, acerca da definição de controle e propriedade e estabelece mínimo de 10% (dez por cento) de participação estatal para fins de verificação controle:

²⁶¹ OMC, Acordo sobre Agricultura. Artigo 4. 1. As concessões em acesso a mercados contidas nas Listas referem-se a consolidações e reduções de tarifas e a outros compromissos em matéria de acesso a mercados conforme ali especificados. 2. Salvo disposição em contrário do Artigo 5 e do Anexo 5, nenhum Membro manterá, estabelecerá ou restabelecerá medidas do tipo daquelas que se tenha determinado ser convertidas em direitos alfandegários propriamente ditos*.

*Estas medidas incluem restrições quantitativas à importação, taxas variáveis, preços mínimos, licenças discricionárias de importação, medidas não-tarifárias mantidas por empresas de comércio estatal, [...]. Disponível em https://www.gov.br/siscomex/pt-br/arquivos-e-imagens/2021/05/omc_acordo_agricultura.pdf.

²⁶² OMC, Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias. Artigo 1. 1. Para os fins deste Acordo, considerar-se-á a ocorrência de subsídio quando: (a) (1) haja contribuição financeira por um governo ou órgão público no interior do território de um Membro (denominado a partir daqui “governo”), i.e.: (i) quando a prática do governo implique transferência direta de fundos (por exemplo, doações, empréstimos e aportes de capital), potenciais transferências diretas de fundos ou obrigações (por exemplo garantias de empréstimos); (ii) quando receitas públicas devidas são perdoadas ou deixam de ser recolhidas (por exemplo, incentivos fiscais tais como bonificações fiscais); (iii) quando o governo forneça bens ou serviços além daqueles destinados a infra-estrutura geral ou quando adquira bens; (iv) quando o Governo faça pagamentos a um sistema de fundos ou confie ou instrua órgão privado a realizar uma ou mais das funções descritas nos incisos (i) a (iii) acima, as quais seriam normalmente incumbência do Governo e cuja prática não difira de nenhum modo significativo da prática habitualmente seguida pelos governos.

²⁶³ OECD (2018), Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>.

As Diretrizes se aplicam às **empresas que estão sob o controle do Estado, seja o Estado o proprietário e beneficiário final da maioria das ações com direito a voto, ou caso exerça um grau equivalente de controle [...]** Também, **a posse minoritária pelo Estado pode ser considerada como coberta pelas Diretrizes, caso as estruturas de propriedade ou de participação acionária confirmem uma efetiva influência controladora ao Estado** (por exemplo, mediante acordos de acionistas). Inversamente, a influência do Estado sobre as decisões corporativas, exercida por meio de regulamentos de boa fé (*bona fide*), normalmente não seria considerada como controle. **As entidades em que o governo detém participações de menos de dez por cento, que não conferem controle e não implicam necessariamente um interesse de longo prazo na empresa alvo, detidas indiretamente por gestores independentes, tais como fundos de pensão, também não são consideradas EEs.** Para efeitos destas Diretrizes, **as entidades que são do governo, ou controladas por um governo por duração limitada, decorrentes de falência, liquidação, tutela ou execução judicial, normalmente não são consideradas como EEs.** Os diferentes modos de exercer o controle estatal também suscitarão diferentes questões de governança. Ao longo das Diretrizes, **entende-se que o termo "propriedade" implica controle.**²⁶⁴ (grifos nossos)

Apesar de conceito mais avançado que o apresentado pelos normativos da OMC, insta ressaltar que as Diretrizes da OCDE não têm força cogente, sendo meras orientações para os países membros e aos aderentes ao texto. Ou seja, não há *enforcement* dos dispositivos estabelecidos.

Não obstante as tentativas de definição pelos organismos multilaterais, os conceitos mostram-se pouco conclusivos ou sem força vinculante. Nesse sentido, observa-se a criação de conceitos práticos sobre empresas estatais por entidades unilaterais, em especial para aplicação de sanções comerciais e econômicas a países por conflitos fora do escopo de aplicação de medidas de defesa comercial (medidas antidumping, medidas compensatórias ou medidas de salvaguarda).

Esse é o caso da *Office of Foreign Assets Control* (OFAC), agência de inteligência norte-americana que tem como uma das principais funções a aplicação de sanções comerciais e econômicas nos moldes da política comercial dos Estados Unidos da América, e do Conselho Europeu, o qual também dispõe acerca da aplicação de sanções a entes em desconformidade com os termos europeus. Assim, ambos os órgãos elencam conceitos de aplicação prática que envolvem, direta ou indiretamente, empresas estatais.

Tais conceitos surgem devido a necessidade de aplicação de sanções de forma rápida e efetiva a entes que estejam descumprindo práticas leais de comércio, como no caso de conflitos armados entre países ou atos contra a segurança pública.

²⁶⁴ OECD (2018), Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>.

Nesse sentido, coloca-se o seguinte questionamento que se pretende responder ao longo do presente artigo: diante da ausência de conceitos concretos de órgãos multilaterais, é possível que o conceito de empresas estatais esteja sendo definido unilateralmente por países?

Assim, a hipótese de pesquisa busca confirmar se, de fato, o conceito de empresas estatais está sendo aplicado de forma indireta e unilateral pela OFAC e pelo Conselho Europeu. Para tal, analisa-se os pacotes de sanções comerciais e econômicas aplicadas à Rússia e ao Irã.

O presente artigo tratará em seu primeiro capítulo sobre o conceito de empresas estatais no âmbito de OFAC e, em seguida, no Capítulo 2 serão analisados os conceitos empregados pelo Conselho Europeu e Comissão Europeia. Ao final, no Capítulo 3 buscar-se-á elaborar uma análise comparativa entre os conceitos elencados e confirmar ou não a hipótese de pesquisa proposta.

1. CONCEITUAÇÃO CONFORME NORMATIVO DA OFAC

No presente capítulo pretende-se analisar as regras impostas pela OFAC no que tange à possível conceituação de empresas estatais, em especial nos programas de sanções aplicados à Rússia e Irã.

A OFAC estabelece, em seus normativos gerais, critérios para aplicação de sanções econômicas voltados a circunstâncias de política externa e segurança nacional, podendo determinar o bloqueio de bens e ativos, proibição de transações comerciais com os considerados U.S. Person²⁶⁵ e aplicação de multas.

Apesar de discricionariedade para aplicação de sanções, o *Code of Federal Regulations* (CFR) e as *Executive Orders* emitidas em cada programa apontam alguns critérios para identificação de empresas estatais, bem como acerca do controle e propriedade destas.

Nesse sentido, o presente capítulo analisará dois principais tópicos (i) definição geral de *50 percent rule*; (ii) definição específica aplicada nos programas de sanção, como Irã e Rússia.

1.1. CONCEITO DE EMPRESAS ESTATAIS: REGRA DOS 50 PORCENTO (“50 PERCENT RULE”)

²⁶⁵ § 589.339 United States person; U.S. person. The term United States person or U.S. person means any United States citizen, permanent resident alien, entity organized under the laws of the United States or any jurisdiction within the United States (including foreign branches), or any person in the United States. Disponível em <https://www.ecfr.gov/current/title-31/subtitle-B/chapter-V/part-589/subpart-C/section-589.339>

Anteriormente a adentrar nos critérios gerais adotados pela OFAC, importante ressaltar que a OFAC direciona a aplicação de sanções às pessoas bloqueadas (as quais podem ser consideradas países, pessoas ou entidades) e, por conseguinte, aos seus bens e empresas. Nesse sentido, as empresas ou entidades detidas por uma pessoa bloqueada, com uma participação direta ou indireta de 50% ou mais (*50 percent rule*), também são bloqueadas.

Considera-se que as pessoas cujos bens e participações em bens estão bloqueados de acordo com uma ordem executiva ou com as regulamentações administradas pelo OFAC (pessoas bloqueadas) têm participação em todos os bens e participações em bens de uma entidade na qual essas pessoas bloqueadas possuam, individualmente ou em conjunto, direta ou indiretamente, uma participação igual ou superior a 50%. Consequentemente, **qualquer entidade de propriedade agregada, direta ou indiretamente, de 50% ou mais de uma ou mais pessoas bloqueadas é considerada uma pessoa bloqueada.** (tradução livre)²⁶⁶.

Via de regra, a *50 percent rule* não se refere ao controle de ente ou empresa, mas somente à propriedade. No entanto, há programas específicos, como o de Cuba, que utilizam o quesito de controle para a classificação de empresas ligadas ao ente bloqueado sujeito a sanções²⁶⁷.

Destaca-se que a *50 percent rule* pode ser aplicada de forma cumulada, ou seja, caso entes bloqueados totalizem 50% de propriedade em uma empresa, esta será bloqueada. Devido a discricionariedade detida pela OFAC para a aplicação de sanções, a agência ainda pontua a possibilidade de aplicação futura de sanções à ente com participação relevante menor que 50% na empresa, bem como que de ente que exerça controle por outros meios que não a participação majoritária, emitindo alerta às pessoas relacionadas.²⁶⁸

²⁶⁶ Persons whose property and interests in property are blocked pursuant to an Executive order or regulations administered by OFAC (blocked persons) are considered to have an interest in all property and interests in property of an entity in which such blocked persons own, **whether individually or in the aggregate, directly or indirectly, a 50 percent or greater interest.** Consequently, **any entity owned in the aggregate, directly or indirectly, 50 percent or more by one or more blocked persons is itself considered to be a blocked person.** The property and interests in property of such an entity are blocked regardless of whether the entity itself is listed in the annex to an Executive order or otherwise placed on OFAC's list of Specially Designated Nationals ("SDNs"). Accordingly, a U.S. person generally may not engage in any transactions with such an entity, unless authorized by OFAC.

DEPARTMENT OF THE TREASURY. OFAC. REVISED GUIDANCE ON ENTITIES OWNED BY PERSONS WHOSE PROPERTY AND INTERESTS IN PROPERTY ARE BLOCKED. Washington, 2014.

²⁶⁷ **In certain OFAC sanctions programs (e.g., Cuba and Sudan), there is a broader category of entities whose property and interests in property are blocked based on, for example, ownership or control.** DEPARTMENT OF THE TREASURY. OFAC. REVISED GUIDANCE ON ENTITIES OWNED BY PERSONS WHOSE PROPERTY AND INTERESTS IN PROPERTY ARE BLOCKED. Washington, 2014.

²⁶⁸ U.S. persons are advised to act with caution when considering a transaction with a non-blocked entity in which one or more blocked persons has a **significant ownership interest that is less than 50 percent or which one or more blocked persons may control by means other than a majority ownership interest.** Such entities may be the subject of future designation or enforcement action by OFAC.

1.2. CONCEITO DE EMPRESAS ESTATAIS EM PROGRAMAS ESPECÍFICOS (RUSSIA E IRA)

Apesar de mencionar o termo “empresas-estatais” em diversos momentos do texto legal e normativos dele decorrente, o Capítulo 31 do CFR²⁶⁹ não dispõe de conceito aplicável de forma geral a todos os programas de sanção. Há, no entanto, conceitos aplicáveis no âmbito de cada programa, sendo alguns mais delimitados que outros.

O programa sancionador direcionado ao governo do Irã aplica a *50 percent rule* como o principal critério para classificar as empresas controladas e de propriedade pelo governo iraniano e, em complemento, adiciona critério relacionado ao controle da entidade:

§ 560.313. CFR. O termo entidade de propriedade ou controlada pelo governo do Irã inclui qualquer corporação, parceria, associação ou outra entidade na qual o governo do Irã tenha uma **participação de 50% ou mais ou uma participação controladora, e qualquer entidade que seja controlada por esse governo.** (tradução livre).²⁷⁰
§ 560.323. CFR. Participação. Salvo disposição em contrário nesta parte, o termo participação, quando usado com relação à propriedade (por exemplo, "uma participação na propriedade"), significa uma participação de qualquer natureza, direta ou indireta.

Apesar de aplicar regra prática correspondente à participação acionária, o conceito de estatais iranianas apresenta certo subjetivismo no que se concerne à “participação controladora”, não sendo o termo definido no capítulo. Destaca-se ainda que as empresas controladas ou de propriedade do Governo Iraniano são consideradas como se governo fossem – sendo consequentemente aplicáveis sanções previstas a este²⁷¹.

De forma conjunta, o programa iraniano também apresenta, para fins de definição, conceito similar voltado à empresas estatais norte-americanas, com algumas adições:

§ 560.215 Proibições a entidades estrangeiras pertencentes ou controladas por pessoas dos Estados Unidos. (1) Para fins do parágrafo (a) desta seção, uma **entidade é "de**

DEPARTMENT OF THE TREASURY. OFAC. REVISED GUIDANCE ON ENTITIES OWNED BY PERSONS WHOSE PROPERTY AND INTERESTS IN PROPERTY ARE BLOCKED. Washington, 2014.

²⁶⁹ Dispõe sobre programas sancionadores conduzidos pela OFAC.

²⁷⁰ § 560.313 Entity owned or controlled by the Government of Iran. The term **entity owned or controlled by the Government of Iran** includes any corporation, partnership, association, or other entity in which the Government of Iran owns a 50 percent or greater interest or a controlling interest, and any entity which is otherwise controlled by that government.

²⁷¹ § 560.304 Government of Iran. The term Government of Iran includes: (a) The state and the Government of Iran, as well as any political subdivision, agency, or instrumentality thereof, including the Central Bank of Iran; (b) **Any person owned or controlled, directly or indirectly, by the foregoing;** (c) Any person to the extent that such person is, or has been, since the effective date, acting or purporting to act, directly or indirectly, for or on behalf of the foregoing; and (d) Any other person determined by the Office of Foreign Assets Control to be included within paragraphs (a) through (c) of this section.

propriedade ou controlada" por uma pessoa dos Estados Unidos se a pessoa dos Estados Unidos
(i) **Detém 50% ou mais de participação acionária por voto ou valor na entidade;**
(ii) Detiver a **maioria dos assentos no conselho de administração da entidade;** ou
(iii) **Controlar de outra forma as ações, políticas ou decisões pessoais da entidade.**
(tradução livre)²⁷².

Além da *50 percent rule*, o conceito de empresas estatais dos EUA abarca ainda (i) maioria no Conselho de Administração, antes não mencionado, e (ii) controle sob a empresa por outras formas, conceito não especificado. Insta ressaltar que os conceitos ora analisados são específicos e restritos apenas às sanções aplicáveis ao Irã.

Por sua vez, os programas sancionadores da Rússia²⁷³ não dispõem de conceito específico e direto sobre empresas estatais, como no programa iraniano. No entanto, quando analisadas diretrizes relativas aos programas no CFR, bem como na EO 14.024, nota-se que a conceituação de Governo da Rússia também abarca pessoas “de propriedade, controlada ou dirigida ou agindo em nome” do Governo.

§ 587.305 Government of the Russian Federation.

The term Government of the Russian Federation means the Government of the Russian Federation, any political subdivision, agency, or instrumentality thereof, including the Central Bank of the Russian Federation, and **any person owned, controlled, or directed by, or acting for or on behalf of, the Government of the Russian Federation.**

Apesar de não mencionado diretamente, é possível remeter e estender o conceito de empresas estatais neste caso, uma vez que são consideradas e tratadas como se governo fossem. Ainda mais, aplica-se também a *50 percent rule* para fins de delimitação:

§ 587.406 Entities owned by one or more persons whose property and interests in property are blocked. Persons whose property and interests in property are blocked pursuant to § 587.201 have an interest in all property and interests in property of an **entity in which such persons directly or indirectly own, whether individually or in the aggregate, a 50 percent or greater interest.** The property and interests in property of such an entity, therefore, are blocked, and such an entity is a person whose property and interests in property are blocked pursuant to § 587.201, regardless of whether the name of the entity is incorporated into OFAC's Specially Designated Nationals and Blocked Persons List (SDN List).²⁷⁴

²⁷² § 560.215 Prohibitions on foreign entities owned or controlled by U.S. persons. (1) For purposes of paragraph (a) of this section, an entity is “owned or controlled” by a United States person if the United States person:
(i) Holds a 50 percent or greater equity interest by vote or value in the entity; (ii) Holds a majority of seats on the board of directors of the entity; or (iii) Otherwise controls the actions, policies, or personnel decisions of the entity.

²⁷³ Atualmente, há quatro principais programas sancionadores: (i) Russian Harmful Foreign Activities Sanctions; (ii) Ukraine-/Russia-related Sanctions; (iii) Countering America's Adversaries Through Sanctions Act of 2017 (CAATSA); e (iv) Magnitsky Sanctions.

²⁷⁴ Disponível em <https://www.ecfr.gov/current/title-31/subtitle-B/chapter-V/part-587>

Nesse sentido, a fim de considerar uma empresa como parte do Governo russo e, por extensão, uma empresa estatal, é necessário que haja (i) propriedade direta ou indireta, individual ou coletivamente de 50% ou mais por pessoas bloqueadas; (ii) controle; (iii) direção; ou (iv) atuação em nome do Governo russo.

Para fins de delimitação de escopo, o CFR ainda define os conceitos de participação e propriedade, por exemplo. No entanto, verifica-se que a delimitação se mostra ampla e, no caso do termo “propriedade”, traz mera lista enumerativa, sem aprofundar em um conceito.

§ 589.321 Participação. Salvo disposição em contrário nesta parte, o termo participação, quando usado com relação à propriedade (por exemplo, "uma participação na propriedade"), significa uma participação de qualquer natureza, direta ou indireta.

§ 587.311 Propriedade; interesse de propriedade. Os termos propriedade e interesse de propriedade incluem dinheiro, cheques, saques, metais preciosos, depósitos bancários, contas de poupança, dívidas, endividamento, obrigações, notas, garantias, debêntures, ações, títulos, cupons, quaisquer outros instrumentos financeiros, aceitação bancárias, hipotecas, penhoras, ônus ou outros direitos de garantia, recibos de armazém, conhecimentos de embarque, recibos fiduciários, notas de venda, quaisquer outras evidências de título, propriedade ou endividamento, cartas de crédito e quaisquer documentos relacionados a quaisquer direitos ou obrigações, procurações, bens, mercadorias, mercadorias, bens móveis, estoques em mãos, navios, bens em navios, hipotecas imobiliárias, escrituras de confiança, acordos de vendas de vendedores, contratos de terras, arrendamentos, aluguéis de terrenos, imóveis e qualquer outro interesse neles, opções, instrumentos negociáveis, aceitação comerciais, royalties, contas contábeis, contas a pagar, julgamentos, patentes, marcas registradas ou direitos autorais, apólices de seguro, cofres e seus conteúdos, anuidades, acordos de pooling, serviços de qualquer natureza, contratos de qualquer natureza e qualquer outra propriedade, real, pessoal ou mista, tangível ou intangível, ou interesse ou interesses nela, presentes, futuros ou contingentes.(tradução livre) ²⁷⁵

Apesar de conceitos diferentes, verifica-se ponto em comum na aplicação da regra de 50% para a conceituação de estatais tratadas no CFR.

²⁷⁵ § 589.321 Interest. Except as otherwise provided in this part, the term interest, when used with respect to property (e.g., “an interest in property”), means an interest of any nature whatsoever, direct or indirect.

§ 587.311 Property; property interest. The terms property and property interest include money, checks, drafts, bullion, bank deposits, savings accounts, debts, indebtedness, obligations, notes, guarantees, debentures, stocks, bonds, coupons, any other financial instruments, bankers acceptances, mortgages, pledges, liens or other rights in the nature of security, warehouse receipts, bills of lading, trust receipts, bills of sale, any other evidences of title, ownership, or indebtedness, letters of credit and any documents relating to any rights or obligations thereunder, powers of attorney, goods, wares, merchandise, chattels, stocks on hand, ships, goods on ships, real estate mortgages, deeds of trust, vendors' sales agreements, land contracts, leaseholds, ground rents, real estate and any other interest therein, options, negotiable instruments, trade acceptances, royalties, book accounts, accounts payable, judgments, patents, trademarks or copyrights, insurance policies, safe deposit boxes and their contents, annuities, pooling agreements, services of any nature whatsoever, contracts of any nature whatsoever, and any other property, real, personal, or mixed, tangible or intangible, or interest or interests therein, present, future, or contingent.

2. CONCEITUAÇÃO CONFORME CONSELHO EUROPEU E COMISSÃO EUROPEIA

Assim como os Estados Unidos, a União Europeia também não dispõe de conceito único acerca de empresas estatais. Isso, porque o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia²⁷⁶ prevê a neutralidade da União Europeia no que tange à matéria de propriedade de empresas, conforme dispõe Geneviève Lallemand-Kirche, Caroline Tixier, Henri Piffaut²⁷⁷:

The Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU') provides that the European Union ('EU') must remain neutral in matters of ownership of companies, i.e. vis-à-vis privately and State-owned enterprises ('SOEs').² This is an important issue for Member States, as some of them own a relatively large number of companies active in sectors they consider to be of strategic or public interest.

A Comissão Europeia, por sua vez, apenas dispõe que “as empresas estatais (SOEs) são aquelas em que, por vários motivos, o Estado exerce controle” e que “os arranjos de propriedade e as estruturas de governança variam entre países e setores.”²⁷⁸.

Nesse sentido, para fins de aplicação de sanção pela União Europeia, o Conselho Europeu criou definições para identificação de entes controlados pelo Estado, segregados nos regulamentos de cada programa sancionador.

Em análise ao Regulamento do Conselho (UE) nº 833/2014, o qual impõe medidas restritivas em virtude das ações da Rússia na Ucrânia, o Conselho estipula a proibição de transação com entes controlados pela Rússia nos seguintes termos:

Artigo 5aa

1. É proibido realizar, direta ou indiretamente, qualquer transação com:

- a) **Uma pessoa coletiva, entidade ou organismo estabelecido na Rússia que seja controlado publicamente ou com mais de 50 % de propriedade pública ou em que a Rússia, o seu Governo ou o seu Banco Central tenham o direito de participar nos lucros ou com os quais a Rússia, o seu Governo ou o seu Banco Central mantenham outras relações económicas substanciais, enumeradas no anexo XIX**
- b) **Uma pessoa coletiva, entidade ou organismo estabelecido fora da União, cujos direitos de propriedade sejam direta ou indiretamente detidos em mais de 50 % por uma entidade enumerada no anexo XIX; ou**

²⁷⁶ Article 345 (ex Article 295 TEC) The Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>

²⁷⁷ Geneviève Lallemand-Kirche, Caroline Tixier, Henri Piffaut, The Treatment of State-owned Enterprises in EU Competition Law: New Developments and Future Challenges, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 8, Issue 5, May 2017, Pages 295–308, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpx016>

²⁷⁸ European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, State-owned enterprises in the EU – Lessons learnt and ways forward in a post-crisis context, Publications Office, 2016, <https://data.europa.eu/doi/10.2765/99224>

- c) **Uma pessoas coletiva, entidade ou organismo que atue em nome ou sob a direção de uma entidade referida nas alíneas a) ou b) do presente número.**²⁷⁹

Nesse sentido, pode-se extrair quatro critérios principais para classificação de tais entes estatais: (i) presença de controle estatal; (ii) maioria de propriedade estatal (50% de participação); (iii) participação do país, governo ou Banco Central nos lucros; ou (iv) presença de relações econômicas substanciais com o país, governo ou Banco Central. Ainda, a alínea “c” prevê sanção às empresas que agirem em nome ou direção de tais empresas, a fim de evitar a circunvenção da aplicação²⁸⁰.

Cabe pontuar que nem todas as empresas que se enquadram nas condições elencadas serão sujeitas à aplicação de sanção, mas tão-somente aquelas previstas no Anexo XIX.

Em guia “*EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures*”, o Conselho Europeu considera como propriedade a posse de mais de 50% da propriedade ou maioria na participação, conforme previsto no Art. 1.5 do Council Regulation (EC) n. 2580/2001.

*Ownership 62. The criterion to be taken into account when assessing whether a legal person or entity is owned by another person or entity is the possession of more than 50% of the proprietary rights of an entity or having majority interest in it. If this criterion is satisfied, it is considered that the legal person or entity is owned by another person or entity.*²⁸¹

Da mesma forma, o conceito de “controle” também é previsto pela legislação europeia (art. 5(6) da *Council Regulation* (EC) n. 2580/2001), o qual mostra-se extenso e preciso:

²⁷⁹ European Council. Council Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02014R0833-20231001>

²⁸⁰ Conforme entendimento publicado para fins de delimitação de escopo, o Conselho Europeu entende o conceito de “acting on behalf or at the direction of” da seguinte maneira: “Ownership or control of the [targeted person/entity over the other entity] is an element that can be considered [...] to increase the likelihood of [acting on behalf or at the direction of the targeted person/entity], but cannot suffice in determining whether the conduct did occur. In the absence of a definition and/or criteria that can be used to assess whether an entity acted on behalf or at the direction of a targeted entity, the NCA should take into account all the relevant circumstances in order to establish the situation at hand. These can include, for example, the precise ownership/control structure, including links between natural persons; the nature and purpose of the transaction, coupled with the stated business duties of the entity that is owned or controlled; previous instances of acting on behalf or at the direction of the targeted entity; disclosure made by third parties and/or factual evidence indicating that directions were given by the targeted entity” Disponível em https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-10/faqs-sanctions-russia-state-owned-enterprises_en_0.pdf.

²⁸¹ Council of the European Union. *EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures*, 2022. Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10572-2022-INIT/en/pdf>. European Commission. Council Regulation (EC) n. 2580/2001. Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8519-2018-INIT/en/pdf>

Control 63. The criteria to be taken into account when assessing whether a legal person or entity is controlled by another person or entity, alone or pursuant to an agreement with another shareholder or other third party, could include, inter alia:

- (a) having the right or exercising the power to appoint or remove a majority of the members of the administrative, management or supervisory body of such legal person or entity;*
- (b) having appointed solely as a result of the exercise of one's voting rights a majority of the members of the administrative, management or supervisory bodies of a legal person or entity who have held office during the present and previous financial year;*
- (c) controlling alone, pursuant to an agreement with other shareholders in or members of a legal person or entity, a majority of shareholders' or members' voting rights in that legal person or entity;*
- (d) having the right to exercise a dominant influence over a legal person or entity, pursuant to an agreement entered into with that legal person or entity, or to a provision in its Memorandum or Articles of Association, where the law governing that legal person or entity permits its being subject to such agreement or provision;*
- (e) having the power to exercise the right to exercise a dominant influence referred to in point (d), without being the holder of that right¹⁸;*
- (f) having the right to use all or part of the assets of a legal person or entity;*
- (g) managing the business of a legal person or entity on a unified basis, while publishing consolidated accounts;*
- (h) sharing jointly and severally the financial liabilities of a legal person or entity, or guaranteeing them.²⁸²*

Assim, apesar de não delimitar diretamente o termo “empresas estatais”, o Conselho Europeu o descreve indiretamente como pessoa coletiva ou entidade integralmente controlada pelo Estado ou que tenha 50% ou mais de capital composto por recursos públicos, sendo preciso na conceituação de “propriedade” e “controle”.

3. ANÁLISE COMPARATIVA: CONCEITOS DE ENTES MULTILATERAIS VS. UNILATERAIS

Ante a explanação dos conceitos e critérios utilizados para caracterização de empresas estatais por entes multilaterais (OMC e OCDE) e unilaterais (OFAC e Conselho Europeu), passa-se à análise comparativa das definições analisadas.

Nota-se dentre os conceitos dispostos pela OMC certa ausência de parâmetros conclusivos e objetivos para definição de empresas estatais, bem como pouca efetividade prática para a regulação do comércio, em especial para distorções de mercado não abarcadas por fóruns bilaterais.

²⁸² Council of the European Union. EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures. 2022. Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10572-2022-INIT/en/pdf>. European Commission. Council Regulation (EC) n. 2580/2001. Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8519-2018-INIT/en/pdf>

A OCDE, por sua vez, tem conceitos mais abrangentes e bem-definidos em comparação à OMC. No entanto, o conceito de empresas estatais apresentado e suas implicações são meramente orientativos e não tem força vinculante (*non-binding*). Assim, a observância das diretrizes estabelecidas pela OCDE, apesar de recomendável, não é obrigatória aos países-Membros.

Os Estados Unidos e a União Europeia, como membros da OCDE, são suscetíveis à aplicação de tais recomendações, contudo, o que se verifica na prática é criação de conceitos unilaterais, seja direta ou indiretamente, pelos entes americanos e europeus para sanar eventuais lacunas nos conceitos multilaterais.

Como forma de conferir maior assertividade e praticidade na aplicação do conceito à realidade nas cadeias globais de comércio, os entes unilaterais formaram seus próprios conceitos, aplicáveis (em sua maioria) de acordo com a realidade de cada programa sancionador da OFAC e Conselho Europeu.

Nota-se que ambos não conceituam empresas estatais de forma direta e generalizada, mas especificamente voltado a cada programa sancionador que vislumbram atingir. Ainda, os entes não se referem diretamente ao termo “empresas estatais”, na maioria das vezes, a fim de não restringir demasiadamente a aplicação de sanção.

Assim, a conceituação de empresas estatais varia de acordo com o escopo dos respectivos programas sancionadores, podendo inclusive ser tomado de forma arbitrária. Toma-se como exemplo a diferenciação de critérios para a classificação de empresas estatais iranianas e empresas norte-americanas no âmbito do mesmo programa sancionador (conforme disposto na Seção 2.1. deste artigo), a qual demonstra a subjetividade no *targeting* dos entes sancionados.

Ou seja, para fins de conceituação, verifica-se certa discricionariedade e arbitrariedade nos regulamentos da OFAC, haja vista a ausência de definição uníssona e aplicável igualmente para todos os entes investigados.

Por sua vez, o Conselho Europeu apresenta conceitos mais uníssonos e disseminados em comparação à OFAC, o que pode ser verificado em especial em razão da fixação de conceito geral sobre “propriedade” e “controle” de empresas, aplicáveis às sanções impostas pelo bloco econômico. Em contraponto, a delimitação dos termos trazida pela OFAC é tão-somente uma lista exemplificativa de modalidades de propriedade, e não a definição de conceito propriamente dito, como é feito pela União Europeia.

Não obstante algumas divergências verificadas, pode-se observar um parâmetro convergente nas classificações analisadas seja da OFAC ou Conselho Europeu, qual seja, a *50 percent rule* ou a detenção de mais de 50% da participação estatal e certa forma de controle estatal sobre as empresas.

Dentre os regulamentos analisados da OFAC e Conselho Europeu, vislumbra-se a necessidade de participação do Governo ou ente sancionado maior que 50%, de forma direta ou indireta. O quesito é utilizado nas amostras verificadas para aplicação (ainda que indiretamente) de sanções à empresas estatais.

No entanto, o critério seguido pela OFAC e pelo Conselho Europeu (*50 percent rule*) difere da diretriz proposta pela OCDE, a qual dispõe sobre conceito de natureza empresarial que estabelece mínimo de 10% de participação para fins de verificação de controle estatal²⁸³. Rememora-se que a OMC sequer dispõe sobre percentual de participação para conceituação de empresas estatais.

Apesar de parâmetros diferentes, o parâmetro de 50% de participação utilizado por entes não parece contrariar as Diretrizes da OCDE, apenas mostra-se mais rígido e seletivo em comparação aos multilaterais, demonstrando maior afunilamento do conceito analisado. Ou seja, para que seja considerada empresa estatal, é preciso que haja participação majoritária do país ou Governo na sua composição.

Por fim, verifica-se que, apesar de definições diferentes, há dois elementos principais para conceituação de empresa estatal observados em definições multilaterais ou unilaterais: (i) “controle” e (ii) “propriedade”. Os conceitos se misturam e convergem no âmbito das Diretrizes da OCDE²⁸⁴ e da OFAC, enquanto o Conselho Europeu faz análise detalhada de ambos os conceitos, segregando-os de forma pormenorizada, conforme ilustrado no quadro comparativo abaixo:

²⁸³ “A definição de empresa estatal assumida pela OCDE diz respeito a pessoa jurídica de natureza empresarial sobre o qual o Estado exerça o controle da maioria das ações com direito a voto (propriedade). As diretrizes também são destinadas às empresas nas quais o Estado exerce poder de controle efetivo (por exemplo, por acordo de acionistas), ainda que sem participação na maioria do capital acionário. Portanto, é admitida a hipótese de conjugação de participação minoritária com controle efetivo sobre as decisões estratégicas das empresas. Ficam excluídas desse grupo as participações acionárias inferiores a 10% do capital com direito a voto, bem como as participações acionárias sem perspectivas de longo prazo, como nos casos em que a atuação estatal é determinada por motivos associados à administração judicial, bem como reestruturação e liquidação.” SILVA, Mauro Santos. Governança Corporativa e Desempenho Econômico: análise das diretrizes propostas pela OCDE para empresas estatais. Disponível em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8619/8/Bapi_15_governanca_desempenho.pdf.

²⁸⁴ Vide nota 14. “Ao longo das Diretrizes, entende-se que o termo “propriedade” implica controle.”

Tabela 1 Quadro Comparativo - Conceituação de empresas estatais

Conceitos	OMC	OCDE	OFAC	Conselho Europeu/Comissão Europeia
Empresas estatais	Indireto	Direto	Indireto/Direto (programas sancionadores)	Indireto/Direto (programas sancionadores)
Propriedade	Não especificado.	10% - 100%	50% - 100%	50% - 100%
Controle/influência	Não especificado.	Equiparável a propriedade.	Conceito elucidativo (lista).	Conceito específico e objetivo.

Fonte: OMC. OCDE. OFAC. Conselho Europeu. Elaboração pela autora.

4. CONCLUSÃO

Após o estudo comparativo dos conceitos de “empresa estatal” no âmbito da OMC, OCDE, OFAC e Conselho Europeu, buscou-se avaliar o presente problema de pesquisa: diante da ausência de conceitos concretos de órgãos multilaterais, é possível que o conceito de empresas estatais esteja sendo definido unilateralmente por países?

Nesse sentido, verificou a criação de conceitos unilaterais pela União Europeia e Estados Unidos de forma complementar aos conceitos multilaterais das Diretrizes e disposições da OCDE e OMC, em especial no que tange à aplicação de sanções e aplicação de medidas restritivas fora do escopo de atuação de fóruns bilaterais.

Durante a análise, observou-se certa discricionariedade dos entes sancionadores no que tange à definição dos conceitos ponderados, haja vista que estes são moldados de acordo com os respectivos programas de aplicação de medidas restritivas.

Nesse sentido, pondera-se que a aplicação dos conceitos unilaterais deve ser aplicada à luz dos conceitos multilaterais, tendo-os como referência ao elaborar conceito mais específico. Isso, porque ambos são membros da OMC e OCDE e, apesar da ausência de força vinculante do último, é altamente recomendável que os países-Membros sejam aderentes às diretrizes e orientações propostas.

Portanto, confirma-se a hipótese de pesquisa inicialmente proposta de que o conceito de empresas estatais está sendo aplicado de forma indireta e unilateral pela OFAC e pelo Conselho Europeu.

REFERÊNCIAS

ABRAMOV A, RADYGIN A, CHERNOVA M (2017) State-owned enterprises in the Russian market: Ownership structure and their role in the economy. *Russian Journal of Economics* 3(1): 1-23. <https://doi.org/10.1016/j.ruje.2017.02.001>

ATHAYDE, Amanda. MONTEIRO, Henrique. MARSSOLA, Julia. A busca pela definição de empresa estatal nos acordos da OMC. in. *Comércio Internacional em foco 2020-2021*. BMJ Consultores Associados. Florianópolis: Editora Secco, 2022. pp. 157-180. <https://www.amandaathayde.com.br/capitulos-de-livros>

DEPARTMENT OF THE TREASURY. OFAC. REVISED GUIDANCE ON ENTITIES OWNED BY PERSONS WHOSE PROPERTY AND INTERESTS IN PROPERTY ARE BLOCKED. Washington, 2014

ESTADOS UNIDOS. Code of Federal Regulations (CFR).

European Commission. Council Regulation (EC) n. 2580/2001. Disponível em <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8519-2018-INIT/en/pdf>

European Commission, Directorate-General for Economic and Financial Affairs, State-owned enterprises in the EU – Lessons learnt and ways forward in a post-crisis context, Publications Office, 2016, <https://data.europa.eu/doi/10.2765/99224>

European Commission. STATE-OWNED ENTERPRISES RELATED PROVISION: ARTICLE 5aa OF COUNCIL REGULATION 833/2014. FREQUENTLY ASKED QUESTIONS – AS OF 23 OCTOBER 2023. Disponível em https://finance.ec.europa.eu/system/files/2023-10/faqs-sanctions-russia-state-owned-enterprises_en_0.pdf

European Commission. THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF>

Geneviève Lallemand-Kirche, Caroline Tixier, Henri Piffaut, The Treatment of State-owned Enterprises in EU Competition Law: New Developments and Future Challenges, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 8, Issue 5, May 2017, Pages 295–308, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpx016>

Ines Willemys, Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are We Moving in the Right Direction?, *Journal of International Economic Law*, Volume 19, Issue 3, September 2016, Pages 657–680, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgw054>

MARSSOLA, Julia. Empirical analysis of provisions related to stateowned enterprises in preferential trade agreements – an international economic law approach. Disponível em https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/2022_Periodicos/Rev-IBRAC_v.26_n.2_2021.pdf

OCDE, 2017. The Size and Sectorial Distribution of State-Owned Enterprises.

OCDE, Board of Directors at State-Owned Enterprises (SOE) in Russia. <https://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/35175304.pdf>

OCDE, Principles of the trading system. Disponível em [https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#:~:text=without%20discrimination%20%E2%80%94%20a%20country%20should,giving%20them%20%E2%80%9Cnational%20treatment%E2%80%9D\)%3B](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact2_e.htm#:~:text=without%20discrimination%20%E2%80%94%20a%20country%20should,giving%20them%20%E2%80%9Cnational%20treatment%E2%80%9D)%3B)

OCDE (2018), State-Owned Enterprises and Corruption: What Are the Risks and What Can Be Done?, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264303058-en>.

OCDE (2018), Diretrizes da OCDE sobre Governança Corporativa de Empresas Estatais, Edição 2015, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264181106-pt>.

OCDE (2023), Public Consultation on Draft Revisions to the OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, OECD Publishing, Paris. <https://www.oecd.org/corporate/Public-consultation-revisions-OECD-guidelines-corporate-governance-of-state-owned-enterprises.pdf>

OCDE (2023). An increasing role of state-owned enterprises in the global economy calls for better governance. OECD - The Forum Network. 17 Jul, 2023. Disponível em <https://www.oecd-forum.org/posts/an-increasing-role-of-state-owned-enterprises-in-the-global-economy-calls-for-better-governance>

OFAC, 2014. REVISED GUIDANCE ON ENTITIES OWNED BY PERSONS WHOSE PROPERTY AND INTERESTS IN PROPERTY ARE BLOCKED. Disponível em <https://ofac.treasury.gov/media/6186/download?inline>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). Agreement on Agriculture. Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 1867 U.N.T.S. 410

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). Agreement on Subsidies and Countervailing Measures. Geneva: WTO, 1994.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC). General Agreement on Tariffs and Trade, 1994,

SILVA, Mauro Santos. Governança Corporativa e Desempenho Econômico: análise das diretrizes propostas pela OCDE para empresas estatais. Disponível em https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8619/8/Bapi_15_governanca_desempenho.pdf

7. A COMPATIBILIDADE DO NORMATIVO SISTEMA DE AUTOREGULAÇÃO BANCÁRIA – SARB 026/2023 COM O REGULAMENTO UNIÃO EUROPEIA (EU) 2023/1115

8. COMPATIBILITY OF SARB 026/2023 REGULATORY WITH EU REGULATION 2023/1115

Valquíria Ferreira de Faria

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DO REGULAMENTO UE 2023/1115 2.1. Razões que fundamentaram a publicação do Regulamento UE 2023/1115) 2.2. Regulamento UE 2023/1115 3. OS MECANISMOS DE DUE DILIGENCE ESTABELECIDOS PELO REGULAMENTO UE 2023/1115 3.10 Sistema de *due diligence* implementado pelo Regulamento UE 2023/1115 4. DA CONFORMIDADE DO REGULAMENTO UE 2023/1115 COM AS DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE 4.1 Conceitos iniciais de Compliance e de *Due Diligence* 4.2 Diretrizes da OCDE para *Due Diligence* no Comércio Internacional e o Regulamento UE 2023/1115 5. IMPACTOS DO REGULAMENTO UE 2023/1115 PARA O BRASIL 5.1 Principais impactos do Regulamento UE 2023/1115 para o Brasil 6. INCOMPATIBILIDADE DO NORMATIVO SARB 026/2023 COM O REGULAMENTO UE 2023/1115 6.1 Do Normativo SARB 026/2023 6.2 Da Análise do Normativo SARB 026/2023 frente ao Regulamento UE 2023/1115 7. CONCLUSÃO.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar a compatibilidade do Normativo SARB 026/2023 com o Regulamento UE 2023/1115. A metodologia utilizada para atingir o objetivo proposto perpassa pela análise das publicações da Comissão Europeia sobre sustentabilidade ambiental, do Regulamento UE 2023/1115 e das normas da FEBRABAN. Pretende-se demonstrar os critérios de *due diligence* estabelecidos no direito internacional, o sistema de *due diligence* implementado pelo Regulamento UE 2023/1115 e as normas relativas ao financiamento sustentável já instituídas pela FEBRABAN que auxiliam no combate ao desmatamento. A pesquisa conclui que, embora o Normativo SARB 026/2023 da FEBRABAN estabeleça regras de *due diligence* a serem observadas pelas instituições bancárias nas operações de créditos destinadas a matadouros e frigoríficos, não atende todas as exigências estabelecidas no Regulamento UE 2023/1115, de modo que o Brasil ainda carece de regulamentações mais robustas no âmbito do setor financeiro que atendam a todos os requisitos estabelecidos no Regulamento UE 2023/1115.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio internacional; Sustentabilidade; Due diligence; Operações de crédito

ABSTRACT: The objective of this article is to analyze the compatibility of SARB Regulation 026/2023 with EU Regulation 2023/1115. The methodology used to achieve the proposed objective involves analyzing European Commission publications on environmental sustainability, EU Regulation 2023/1115 and FEBRABAN standards. It is intended to demonstrate the due diligence criteria established in international law, the due diligence system implemented by Regulation EU 2023/1115 and the standards relating to sustainable financing already established by FEBRABAN that help to combat deforestation. The research concludes that, although FEBRABAN's SARB 026/2023 Regulation establishes due diligence rules to be

observed by banking institutions in credit operations intended for slaughterhouses and slaughterhouses, it does not meet all the requirements established in EU Regulation 2023/1115, so that Brazil still lacks more robust regulations within the financial sector that meet all the requirements established in EU Regulation 2023/1115.

KEYWORDS: International trade; Sustainability; Due diligence; Credit transactions

1. INTRODUÇÃO

Em 29 de junho de 2023 entrou em vigor o Regulamento UE 2023/1115, denominado *European Union Deforestation-Free Regulation - EUDR*²⁸⁵ que proíbe a importação e exportação para a União Europeia - UE de algumas matérias primas e seus derivados produzidos em áreas florestais desmatadas ou degradadas, a partir de 31 de dezembro de 2020.

Pelas novas regras, as empresas que pretendem comercializar produtos como borracha, carne bovina, cacau, café, madeira, óleo de palma e soja no mercado do bloco econômico europeu deverão instituir um robusto sistema de *due diligence* em suas cadeias produtivas, a fim de verificar se foram ou não produzidas em áreas florestais livres de desmatamento ou degradação ambiental.

A medida afeta diretamente as exportações brasileiras para a UE, que é o segundo parceiro comercial do Brasil. Avalia-se que as exportações de produtos sujeitos ao Regulamento UE 2023/1115 para o bloco econômico europeu, totalizaram US\$17,5 bilhões em 2022²⁸⁶.

As novas regras europeias de *due diligence* impactam toda cadeia produtiva brasileira que contribuem para produção das referidas *commodities*, inclusive as instituições bancárias que financiam os produtores e exportadores destes produtos para a UE.

Neste contexto, antes mesmo da vigência da nova norma europeia de *due diligence*, a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN editou o Normativo SARB 026/2023, cujo objetivo é estabelecer diretrizes e procedimentos para que os Bancos signatários se

²⁸⁵ O nome oficial é Regulation (EU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010. (EUR. Regulation (EbU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010. Official de Journal of de the European União: 09 de junho de 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R1115&qid=1687867231461> Acesso em: 08 dez. 2023.

²⁸⁶ CARDOSO, Mário. Os impactos do regulamento da União Europeia contra o desmatamento sobre as cadeias produtivas e exportações brasileiras. Brasil: CNI, 2023.

comprometam a exigir de clientes frigoríficos e matadouros que suas cadeias produtivas estejam livres do desmatamento ilegal.

Portanto, considerando que o Regulamento UE 2023/1115 também estabelece regras para assegurar a comercialização na União Europeia apenas de carne bovina e outras matérias primas provenientes de áreas livres de desmatamento, a questão que se impõe é: o Normativo SARB 026/2023 atende ao disposto no Regulamento UE 2023/1115?

A hipótese de pesquisa tem o objetivo de demonstrar se o Normativo SARB 026/2023 editado pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN é compatível e atende o Regulamento UE 2023/1115.

2. DO REGULAMENTO UE 2023/1115

Para compreender o Regulamento UE 2023/1115 é imprescindível conhecer os motivos que justificaram a sua publicação, o seu objetivo e a sua abrangência.

Assim, no item 3.1 serão apresentadas as razões que motivaram a publicação do Regulamento UE 2023/1115. No item 3.2 será demonstrado o objeto e abrangência da norma europeia.

2.1. Razões que fundamentaram a publicação do Regulamento UE 2023/1115

As florestas são indispensáveis para a sustentabilidade da vida na Terra, sendo que atualmente correspondem a aproximadamente 1/3 as superfície terrestre, o que equivale a 4,06 bilhões de hectares²⁸⁷. Entretanto, o desmatamento tem avançando em níveis alarmantes, o que tem contribuído significativamente para as mudanças climáticas e a redução da biodiversidade no planeta.

A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura - FAO aponta que, entre os anos de 1990 e 2020, foram perdidos 420 milhões de hectares de floresta²⁸⁸. Já o Painel Intergovernamental sobre Mudança do Lima – IPCC calcula que no período de 2007 a 2016, 23% (vinte e três por cento) das emissões de gases com efeito estufa foram oriundas da agricultura e outros formas de utilização do solo²⁸⁹.

²⁸⁷ FAO. Global Forest Resources Assessment 2020 - Key findings. Rome: [s.n.]. Disponível em: <https://www.fao.org/forest-resources-assessment/2020/en/>. Acesso em: 09 dez. 2023.

²⁸⁸ FAO. Global Forest Resources Assessment 2020: Main report. Rome. Disponível em <https://doi.org/10.4060/ca9825en>. Acesso em: 08 dez. 2023.

²⁸⁹ IPCC. Climate Change and Land - An IPCC Special Report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems.

Para a União Europeia o consumo de produtos como carne bovina, cacau, café, óleo de palma, soja, madeira são a principal causa para a degradação florestal em todo mundo. Além disso, a UE é um importante consumidor destes produtos e, até a publicação do normativo, não possuía regras específicas e capazes de reduzir sua contribuição para o fenômeno do desmatamento.

Em vista disso, o bloco econômico europeu, preocupado com as consequências ambientais advindas do crescente desmatamento florestal, publicou, em 23 de julho de 2019, a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões COM(2019) 352²⁹⁰, cujo propósito é fortalecer as ações da UE para proteção das florestas mundiais.

O referido documento propôs cinco ações prioritárias para reduzir o desmatamento: i) incentivar o consumo na União Europeia de produtos oriundos de cadeias de abastecimento dissociadas do desmatamento; ii) trabalhar em conjunto com os países produtores para combater o desmatamento e incentivar a produção agrícola sustentável; iii) reforçar a cooperação internacional para impedir o desmatamento e incentivar a restauração das áreas florestais degradadas; iv) direcionar investimentos financeiros para apoiar práticas mais sustentáveis de uso do solo; e v) apoiar a disponibilização de informações corretas e confiáveis sobre as áreas florestais e as cadeias produtivas de matérias primas, a investigação e a inovação.

Em consonância com as medidas apresentadas pela Comunicação de 2019 - COM(2019) 352, a Comissão Europeia apresentou ao Parlamento Europeu na data de 17 de novembro de 2021, a proposta de regulamentação da comercialização no mercado da UE de determinadas matérias primas e produtos derivados associados ao desmatamento florestal.

Segundo a Comissão Europeia, uma ampla consulta pública envolvendo sociedade civil e empresas demonstrou que a maior parte dos cidadãos concordou com a necessidade de uma intervenção da UE para diminuir a contribuição do bloco europeu para o desmatamento.

Desta feita, em 31 de maio de 2023 a União Europeia editou o Regulamento UE 2023/1115 contendo regras para comercialização no mercado da União Europeia de determinados produtos agrícolas relacionados ao desmatamento florestal, o qual foi publicado em 09 de junho de 2023 e entrou em vigor em 29 de junho de 2023.

Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/4/2020/02/SPM_Updated-Jan20.pdf Acesso em: 09 dez. 2023.

²⁹⁰ EUR. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Stepping up EU Action to Protect and Restore the World's Forests. European Commission: 23 de julho de 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0352> Acesso em: 08 dez.2023.

2.2. Do Regulamento UE 2023/1115

O Regulamento UE 2023/1115 visa evitar a inserção e comercialização no mercado da UE, e a exportação pelo referido bloco econômico, de produtos que contenham matérias primas como carne bovina (gado), cacau, café, borracha, óleo de palma, soja, madeira e seus derivados, produzidas em áreas florestais desmatadas ou degradadas após 31 de março de 2020.

O seu objetivo consiste em (i) garantir que os produtos utilizados e consumidos pelos cidadãos da UE não contribuem para o desmatamento; (ii) reduzir as emissões de carbono para a atmosfera decorrentes da cadeia produtiva das matérias primas e derivados em pelo menos 32 milhões de toneladas por ano; (iii) combater o desmatamento ilegal e qualquer expansão agrícola associada às citadas matérias primas e seus produtos derivados.

A norma europeia engloba, inicialmente, apenas as matérias primas descritas em seu artigo 3º provenientes de áreas florestais desmatadas. Contudo, em até dois anos após a entrada em vigor do Regulamento UE 2023/1115, a Comissão Europeia analisará a pertinência da inclusão em seu escopo de *commodities* oriundas de outros ecossistemas naturais²⁹¹.

A legislação europeia afetará os operadores e os comerciantes que deverão cumprir as obrigações estabelecidas nos artigos 4º e 5º do Regulamento UE 2023/1115.

²⁹¹ Artigo 34º. Revisão 1. O mais tardar até 30 de junho de 2024, a Comissão apresenta uma avaliação de impacto acompanhada, se for caso disso, de uma proposta legislativa com vista a alargar o âmbito de aplicação do presente regulamento a fim de incluir outros terrenos arborizados. A avaliação inclui, nomeadamente, a data de referência limite referida no artigo 2.o, com vista a minimizar a contribuição da União para a conversão e a degradação dos ecossistemas naturais. A revisão inclui uma avaliação do impacto dos produtos de base em causa na desflorestação e na degradação florestal.

2. O mais tardar até 30 de junho de 2025, a Comissão apresenta uma avaliação de impacto acompanhada, se for caso disso, de uma proposta legislativa com vista a alargar o âmbito de aplicação do presente regulamento a outros ecossistemas naturais, nomeadamente a outras terras com elevadas reservas de carbono e com um elevado valor em termos de biodiversidade, como prados, turfeiras e zonas húmidas. A avaliação abrange um potencial alargamento a ecossistemas, nomeadamente, com base na data de referência limite referida no artigo 2.o, com vista a minimizar a contribuição da União para a conversão e a degradação dos ecossistemas naturais. A revisão também dá resposta à necessidade e viabilidade de alargamento do âmbito de aplicação do presente regulamento a outros produtos de base, nomeadamente ao milho. A revisão inclui uma avaliação do impacto dos produtos de base em causa na desflorestação e na degradação florestal, conforme indicado por dados científicos, e tem em conta as alterações a nível do consumo. (EUR. Regulation (EbU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010. Official Journal of the European Union: 09 de junho de 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R1115&qid=1687867231461> Acesso em: 08 dez. 2023).

Explicita-se que operador é aquele que, no exercício de uma atividade comercial, introduza no mercado da União Europeia ou exporte as aludidas matérias primas e seus derivados, nos termos do item 15, do artigo 2º do Regulamento UE 2023/1115.

Por outro lado, comerciante é qualquer pessoa na cadeia de abastecimento que não seja o operador e que, no âmbito de uma atividade comercial, disponibilize as aludidas *commodities* no mercado da UE, consoante item 17, do artigo 2º do Regulamento UE 2023/1115.

Segundo a norma europeia os operadores e comerciantes responsáveis por fornecer estes produtos somente poderão comercializá-los na União Europeia desde que cumpridos os seguintes requisitos: a) não estarem relacionados ao desmatamento de florestas; b) terem sido produzidos em consonância com a legislação aplicável do país de produção; e c) estarem abrangidos por uma declaração de *due diligence*, nos termos do artigo do artigo 3º.

Ademais, antes de colocarem no mercado ou exportarem as referidas matérias primas e seus produtos derivados, os operadores deverão realizar a *due diligence* prevista no artigo 8º do normativo europeu, em relação cadeia a toda sua cadeia de fornecedores.

Finalmente, o Regulamento UE 2023/1115 prevê, em seus artigos 24 e 25, a aplicação de medidas corretivas e de sanções para as hipóteses em um operador ou comerciante tenha disponibilizado no mercado ou exportado as aludidas mercadorias em desconformidade com suas regras. As penalidades incluem multas proporcionais aos danos ambientais causados, correspondentes a no mínimo 4% (quatro por cento) do volume anual total dos negócios do operador ou comerciante, o confisco de produtos e de receitas obtidas numa transação com as referidas mercadorias e a importação e exportação de produtos abrangidos pelo Regulamento.

As obrigações principais do Regulamento UE 2023/1115 começam a valer a partir de 30 de dezembro de 2024 para grandes e médias empresas. Em relação empresas de pequeno porte e micro empresas, o cumprimento das regras será exigido a partir de 30 de junho de 2025.

3. OS MECANISMOS DE DUE DILIGENCE ESTABELECIDOS PELO REGULAMENTO UE 2023/1115

Este capítulo tem por objetivo demonstrar o sistema de *due diligence* estabelecido pelo Regulamento UE 2023/1115, o qual impactará toda cadeia produtiva das *commodities* especificadas em seu artigo 3º, que se destinarem ao mercado da União Europeia. Por esta razão, no item 3.1 serão detalhadas as novas regras de *due diligence* para combate ao desmatamento florestal impostas pelo normativo europeu.

3.1. O sistema de *due diligence* implementado pelo Regulamento UE 2023/1115

Depreende-se da norma europeia que os operadores e comerciantes que desejarem comercializar os produtos objeto do Regulamento UE 2023/1115 na UE, deverão submeter-se a um processo de *due diligence* para comprovar que tais mercadorias não são provenientes de áreas florestais desmatadas.

O sistema de *due diligence* estabelecido pelo Regulamento UE 2023/1115 é composto pela coleta de informações capazes de demonstrar que os produtos abrangidos pela referida norma não estão associados ao desmatamento e foram produzidos em conformidade com a legislação aplicável do país de produção²⁹², avaliação e mitigação de risco²⁹³, declaração de *due diligence*²⁹⁴ e relatórios anuais do sistema de *due diligence*²⁹⁵.

Pela coleta de informações, os operadores deverão manter arquivados por cinco anos, contados da data de inserção do produto no mercado ou de sua exportação, os documentos que comprovem que as *commodities* não são originárias de áreas de desmatamento, incluídos,

²⁹² Artigo 3º Proibição Os produtos de base em causa e os produtos derivados em causa não podem ser colocados nem disponibilizados no mercado, nem exportados, a menos que estejam preenchidas todas as seguintes condições: a) Não estarem associados à desflorestação; b) Terem sido produzidos em conformidade com a legislação aplicável do país de produção; e c) Estarem abrangidos por uma declaração de diligência devida.

Artigo 9º Requisitos de informação 1. Os operadores recolhem informações, documentos e dados que demonstrem que os produtos derivados em causa cumprem com o disposto no artigo 3.o.

²⁹³ Artigo 8º Diligência devida 1. Antes de colocarem no mercado ou exportarem produtos derivados em causa, os operadores exercem a diligência devida no que diz respeito a todos os produtos derivados em causa fornecidos por cada fornecedor específico. 2. A diligência devida inclui: a) A recolha das informações, dados e documentos necessários para cumprir os requisitos estabelecidos no artigo 9.o; b) As medidas de avaliação do risco a que se refere o artigo 10.o; c) As medidas de atenuação do risco a que se refere o artigo 11.o.

²⁹⁴ Artigo 4º Obrigações dos operadores 2. Os operadores não podem colocar no mercado nem exportar produtos derivados em causa sem a apresentação prévia de uma declaração de diligência devida. Os operadores que, com base na diligência exercida em conformidade com o artigo 8.o, concluam que os produtos derivados em causa cumprem o artigo 3.o disponibilizam, antes de colocarem no mercado ou exportarem os produtos derivados em causa, uma declaração de diligência devida às autoridades competentes, através do sistema de informação referido no artigo 33.o. Esta declaração de diligência devida, disponível e transmissível eletronicamente, contém as informações previstas no anexo II relativamente aos produtos derivados em causa e uma declaração do operador em como o operador exerceu a diligência devida e que não foi detectado nenhum risco, ou apenas foi detectado um risco negligenciável.

²⁹⁵ Artigo 12º Criação e manutenção de sistemas de diligência devida, comunicação de informações e conservação de registos 3. Os operadores que não se enquadram nas categorias de PME, incluindo as microempresas, ou de pessoas singulares divulgam, anualmente, a um público o mais alargado possível, inclusive através da Internet, um relatório sobre o seu sistema de diligência devida, nomeadamente sobre as medidas tomadas para cumprir as suas obrigações previstas no artigo 8.o. Os operadores que também sejam abrangidos por outros atos jurídicos da União que estabeleçam requisitos relativos à diligência devida na cadeia de valor podem cumprir as suas obrigações de comunicação de informações previstas no presente número mediante a inclusão das informações exigidas nos relatórios elaborados no contexto desses outros atos jurídicos da União. (EUR. Regulation (EbU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010. Official de Journal of de the European União: 09 de junho de 2023. Disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R1115&qid=1687867231461> Acesso em: 08 dez. 2023).

dentro outros, aqueles que identifiquem a geolocalização dos locais onde foram produzidos, e a data e período de produção, conforme artigo 9º do Regulamento.

A avaliação de risco será realizada por meio da análise das informações acima e qualquer outra documentação pertinente, visando determinar se há algum risco das matérias primas em questão não estarem em conformidade com as regras estabelecidas no Regulamento UE 2023/1115.

Deverão ser considerados na avaliação dos riscos, especialmente, os seguintes critérios: a) atribuição de risco ao país produtor; b) a existência de florestas e povos indígenas no país produtor ou de origem; c) prevalência de desmatamento ou degradação florestal no país produtor; d) nível de corrupção, ausência de fiscalização, violação de direitos humanos, existência de conflitos armados ou sanções impostas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ou pelo Conselho da União Europeia no país produtor ou de origem; h) a complexidade da cadeia produtiva e a fase de transformação dos produtos derivados das matérias primas em referência; i) histórico de descumprimento do Regulamento UE 2023/1115.

No caso da avaliação identificar risco médio ou alto, o operador deverá adotar procedimentos e medidas atenuantes com a finalidade de anular o risco ou mitigá-lo. Tais procedimentos podem incluir a exigência de informações suplementares e a realização de auditorias independentes.

Os operadores deverão adotar políticas, controles, procedimentos hábeis a atenuar e gerir eficazmente os riscos decorrentes das práticas que estejam em desconformidade com o Regulamento UE 2023/1115.

O normativo europeu estabelece ainda um sistema de classificação dos Estados-Membros e os países terceiros. Segundo o seu artigo 29, os países serão classificados em uma das seguintes categorias de risco: a) alto risco: países que possuem um risco elevado dos produtos à base de borracha, cacau, café, carne bovina (gado), madeira, óleo de palma e soja serem originados de regiões desmatadas; b) baixo risco: países em que resta demonstrado que não há produção destas matérias primas e derivados em locais de desmatamento; e c) países que não se enquadram em nenhuma destas categorias.

Quanto aos países enquadrados como alto risco deverá ser adotado o procedimento integral de *due diligence* previsto nos artigos de 8 a 12, contemplando a avaliação e mitigação dos riscos. Para aqueles países classificados como baixo risco, os operadores poderão adotar o rito simplificado de *due diligence* estabelecido no artigo 13 da norma europeia.

A classificação será feita pela Comissão Europeia. O anúncio de quais países deverão ser considerados de baixo risco e alto risco será feito em até 18 (dezoito) meses após a entrada em vigor da medida, o que ocorrerá em 30 de dezembro de 2024.

Outrossim, os operadores que, com base na *due diligence* realizada de acordo com o artigo 8º, concluírem que as aludidas matérias primas e produtos derivados atendem aos requisitos estabelecidos no artigo 3º, antes de as colocarem no mercado da UE ou exportarem, deverão apresentar uma declaração de *due diligence* às autoridades competentes, por meio do sistema de informação referido no artigo 33º do Regulamento UE 2023/1115. Esta declaração deverá conter todas as informações determinadas no Anexo II do aludido Regulamento e uma declaração do operador de como exerceu a *due diligence* e que não foi identificado nenhum risco, ou apenas foi detectado um risco negligenciável.

Finalmente, os operadores deverão divulgar anualmente, inclusive por meio da Internet, um relatório sobre o seu sistema de *due diligence*, principalmente sobre as medidas adotadas para cumprir as suas obrigações previstas no artigo 8º do Regulamento UE 2023/1115.

4. DA CONFORMIDADE DO REGULAMENTO UE 2023/1115 COM AS DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE

O propósito deste capítulo é apresentar uma visão geral sobre *compliance* e *due diligence* e demonstrar que o Regulamento UE 2023/1115 está totalmente em conformidade com o Guia de *Due Diligence* para uma conduta empresarial responsável da OCDE.

Por esta razão, o item 4.1 discorrerá sobre os conceitos de *compliance* e *due diligence*. Já no item 4.2 serão abordadas as diretrizes da OCDE para realização da *due diligence* no âmbito do comércio internacional.

4.1. Conceitos iniciais de *Compliance* e de *Due Diligence*

O termo *compliance* origina-se do verbo inglês *to comply* e significa que as empresas devem atuar em conformidade com as leis vigentes, preceitos éticos e as normas internas da própria companhia. O objetivo do *compliance* é estabelecer um conjunto de normas e orientações com a finalidade de prevenir, identificar e tratar qualquer desvio ocorrido.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE define *compliance* como uma série de regras internas que visam prevenir ou mitigar os riscos de violação às leis,

resultantes da atividade exercida por uma empresa e de qualquer um dos seus colaboradores e sócios²⁹⁶.

Para André Carvalho, entretanto, o sentido do *compliance* é muito mais abrangente, devendo ser interpretado de maneira sistêmica, como um mecanismo de prevenção e minimização de riscos, preservação de valores éticos e de sustentabilidade corporativa²⁹⁷.

Francisco Mendes e Vinicius Carvalho entendem o *compliance* como mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura da empresa. Tem o objetivo de prevenir a ocorrência de situações em desconformidade com a legislação, bem como de criar instrumentos que identifiquem tais situações e minimizem seus eventuais impactos²⁹⁸.

Constituem elementos essenciais do programa de *compliance* o comprometimento da alta direção, avaliação dos riscos, criação de políticas, procedimentos e controles, treinamentos, medidas disciplinares e ações corretivas, *due diligence* e monitoramento.

Logo, um dos pilares da estrutura do *compliance* é a *due diligence*, haja vista a necessidade de se avaliar de forma rigorosa se os fornecedores, distribuidores e outros parceiros comerciais atuam com integridade e atendem as legislações pertinentes, ante de se estabelecer uma relação comercial.

A *due diligence* consiste, portanto, em um procedimento que visa analisar a adequação às normas aplicáveis a atividade comercial exercida, avaliar a situação contábil, financeira, dentre outros aspectos, do parceiro de negócio com o qual a empresa pretende estabelecer relações comerciais.

²⁹⁶ “Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores”. (CADE. Guia Programas de Compliance. Orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. CADE: Janeiro de 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf> Acesso em: 10 dez.2023).

²⁹⁷ “(...) tem origem no verbo inglês *to comply*, que significa agir de acordo com a lei, uma instrução interna, um comando ou uma conduta ética, ou seja, estar em compliance é estar em conformidade com as regras internas da empresa, de acordo com os procedimentos éticos e as normas jurídicas vigentes. No entanto, o sentido da expressão compliance não pode ser resumido apenas ao seu significado literal. (...) está além do mero cumprimento de regras formais. Seu alcance é muito mais amplo e deve ser compreendido de maneira sistêmica, como um instrumento de mitigação de riscos, preservação dos valores éticos e de sustentabilidade corporativa, preservando a continuidade do negócio e o interesse dos stakeholders”. (CARVALHO, André C. et. al. Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2021).

²⁹⁸ Um programa de Compliance visa estabelecer mecanismos e procedimentos que tornem o cumprimento da legislação parte da cultura corporativa. Ele não pretende, no entanto, eliminar completamente a chance de ocorrência de um ilícito, mas sim minimizar as possibilidades de que ele ocorra, e criar ferramentas para que a empresa rapidamente identifique sua ocorrência e lide da forma mais adequada possível com o problema. (MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinicius Marques de. Compliance: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 31.)

Segundo a Comissão Europeia a *due diligence* é também um conjunto de processos pelos quais as empresas identificam, previnem, mitigam os riscos provenientes do exercício suas atividades ou de seus parceiros comerciais²⁹⁹.

O fato é que, independentemente, da atuação nacional ou internacional, é fundamental a implementação de políticas de *compliance*, principalmente de um processo robusto de *due diligence*, para garantir a sustentabilidade de uma empresa.

4.2 Diretrizes da OCDE para Due Diligence no Comércio Internacional e o Regulamento UE 2023/1115

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE conceitua *due diligence* como uma medida preventiva que visa evitar causar ou contribuir para impactos adversos às pessoas, ao meio ambiente e à sociedade. É um processo contínuo, responsivo e mutável que envolve ciclos de avaliações periódicas para que a empresa possa aprender com o que funcionou e o que não funcionou³⁰⁰.

De acordo com as Diretrizes da OCDE para as empresas multinacionais, a *due diligence* possui as seguintes características: preventiva, envolve múltiplos processos e objetivos, baseada no risco, dinâmica, adequada as circunstâncias da empresa, baseia-se no engajamento das partes interessadas e implica em uma comunicação contínua.

O Guia da OCDE de *due diligence* estabelece como etapas do processo de *due diligence*: i) incorporação da conduta empresarial responsável nas políticas e sistemas de gestão, ii) identificação e avaliação dos riscos existentes em operações, cadeias de suprimento e relações

²⁹⁹ Em simples palavras, o dever de diligência é a maneira como uma empresa entende, gere e se comunica sobre o risco. Isso inclui os riscos que ela gera para outros e os riscos que encontra como consequência de suas decisões e ações estratégicas e operacionais.

Uma descrição técnica do dever de diligência seria a seguinte: são os processos através dos quais as empresas identificam, previnem, atenuam e justificam o modo como abordam os seus impactos adversos reais e potenciais (orientações da OCDE para as empresas multinacionais, capítulo II - políticas gerais, parágrafo 10). O dever de diligência da cadeia de provisionamento é um processo contínuo, pró-ativo e reativo através do qual as empresas monitoram e administram as suas compras e vendas com o objetivo de assegurar que não contribuam para conflitos ou impactos adversos relacionados. (COMISSÃO EUROPEIA. Mercado Interno, Indústria, Empreendedorismo e PME. Glossário dos Termos Técnicos. Disponível em https://single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/raw-materials/due-diligence-ready/due-diligence-explained_pt#:~:text=O%20dever%20de%20dilig%C3%Aancia%20consiste,por%20C3%ADticas%20gerais%2C%20par%20C3%A1%20grafa%2010). Acesso em: 25 jan. 2024).

³⁰⁰ OECD (2018) Due Diligence Guidance for Responsible Business. Disponível em: <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf> Acesso em: 07 dez.2023.

comerciais, iii) cessar, prevenir ou mitigar os impactos adversos, iv) monitorar a implementação e os resultados, (v) comunicar como os impactos são tratados e (vi) remediar os impactos quando necessário.

Nesse sentido, o Regulamento UE 2023/1115 estabelece um sistema de *due diligence* composto pela coleta de informações, avaliação e mitigação de riscos, declaração de *due diligence*, monitoramento, previsto em seu artigo 8 e seguintes, como exposto no capítulo anterior.

Logo, o Regulamento UE 2023/1115 está em total consonância com o Guia de *Due Diligence* para uma conduta empresarial responsável da OCDE.

5. IMPACTOS DO REGULAMENTO UE 2023/1115 PARA O BRASIL

O objetivo deste capítulo é demonstrar como o normativo europeu afeta diretamente as exportações brasileiras, de modo que no item 5.1 serão detalhados os principais impactos do Regulamento EU 2023/1115 para o Brasil.

5.1. Principais impactos do Regulamento UE 2023/1115 para o Brasil

Como exposto, o Regulamento UE 2023/1115 proíbe a comercialização no mercado da União Europeia de borracha, café, cacau, carne bovina, madeira, óleo de palma, soja e seus derivados que tenham sido produzidos em áreas desmatadas após 31 de dezembro de 2023. Para que tais produtos sejam colocados no mercado do bloco econômico europeu, as commodities precisarão passar por um rigoroso processo de *due diligence* a fim de afastar a possibilidade de terem sido produzidos em áreas desmatadas.

A legislação europeia afeta significativamente diversos produtos da pauta exportadora brasileira.

O Brasil é o maior exportador de produtos agrícolas para a UE, sendo 16,3% das importações de produtos primários da UE são provenientes do Brasil³⁰¹.

³⁰¹ A UE é o segundo maior parceiro comercial do Brasil, representando 18,3 % do seu comércio total. O Brasil é o décimo primeiro maior parceiro comercial da UE, representando 1,7 % do comércio total da UE (2017).

As importações da UE provenientes do Brasil são dominadas por produtos primários, em especial produtos alimentares, bebidas e produtos do tabaco (16,3 % das importações da UE provenientes do Brasil), seguidos de produtos vegetais (17,8 %) e de produtos minerais (21,8 %).

O Brasil é o maior exportador de produtos agrícolas para a UE a nível mundial. (COMISSÃO EUROPEIA. Relações comerciais da UE com o Brasil. Fatos, números e desenvolvimentos mais recentes. Disponível em https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/brazil_pt?ettrans=pt Acesso em: 10 dez. 2023).

A UE representa mais de 51% do total das exportações brasileiras de café. Além disso, é o segundo destino das exportações de soja, óleo de palma e respectivos derivados, e o terceiro principal importador de gado, madeira e respectivos derivados brasileiros, além de cacau e borracha³⁰². Estima-se que as exportações de produtos sujeitos ao Regulamento europeu totalizaram US\$17,5 bilhões em 2022, o que correspondeu a 34% do total das exportações brasileiras para UE naquele ano³⁰³.

Diante deste cenário, foi realizada uma audiência conjunta na Câmara dos Deputados, na qual os representantes do governo avaliaram que a nova legislação europeia traz prejuízos para a agricultura brasileira, sobretudo aos pequenos e médios produtores. Para eles, a regulamentação extrapola os limites de legislar sobre seu próprio território e mercado, além de não observar os princípios internacionais e, incentiva o aumento das desigualdades nas relações comerciais³⁰⁴.

Por conta disso, o Brasil é um dos signatários da carta conjunta de 17 países³⁰⁵ em desenvolvimento endereçada às autoridades da União Europeia, com objetivo de explicar as preocupações com o caráter punitivo do Regulamento UE 2023/1115 e ressaltar a importância do diálogo permanente com os países produtores, a fim de evitar rupturas no comércio e ônus excessivo para produtores de bens agrícolas e derivados abrangidos pela norma.³⁰⁶

6. DA INCOMPATIBILIDADE DO NORMATIVO SARB 026/2023 COM O REGULAMENTO UE 2023/1115

³⁰² CNI. Regulamento da União Europeia condiciona importação de determinadas commodities agrícolas e seus derivados a due diligence de desmatamento. Análise de Política Comercial 2, nº 10. Disponível em https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/78/99/78990af4-d034-4897-8013-252abe5b3ec2/apc_regulamento_ue_desmatamento_ano_2_n_10.pdf Acesso em: 10 dez.2023.

³⁰³ CARDOSO, Mário. Os impactos do regulamento da União Europeia contra o desmatamento sobre as cadeias produtivas e exportações brasileiras. Brasil: CNI, 2023.

³⁰⁴ Ministério da Agricultura e Pecuária. Lei da União Europeia sobre o desmatamento foi discutida na Câmara dos Deputados. Gov.br: 13 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/lei-da-uniao-europeia-sobre-o-desmatamento-extrapola-os-limites-territoriais-e-nao-atende-a-realidade-brasileira-e-o-conceito-de-sustentabilidade> Acesso em: 10 dez.2023.

³⁰⁵ Os 17 países que referenciam a carta são: Brasil, Argentina, Bolívia, Colômbia, Côte d'Ivoire, Equador, Gana, Guatemala, Honduras, Indonésia, Malásia, México, Nigéria, Paraguai, Peru, República Dominicana, e Tailândia

³⁰⁶ BRASIL. *Nota à imprensa n.º 377 de 08 de agosto de 2023*. Carta de países em desenvolvimento a autoridades europeias sobre a entrada em vigor da chamada “lei antidesmatamento” da União Europeia. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/carta-de-paises-em-desenvolvimento-a-autoridades-europeias-sobre-a-entrada-em-vigor-da-chamada-201clei-antidesmatamento201d-da-uniao-europeia. Acesso em: 31 de jan. 2023.

Recentemente a Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN editou o Normativo SARB 026/2023 que estabelece regras para os bancos associados averiguarem se há em suas operações crédito o financiamento de clientes que estão vinculados ao desmatamento ilegal para produção de carne bovina.

Embora publicado alguns meses antes da entrada em vigor da norma europeia, o Normativo SARB 026/2023 correlaciona-se diretamente com o Regulamento EU 2023/1115, pois tem como objetivo contribuir para uma agricultura sustentável, na medida em que prevê uma série de regras que visam impedir o financiamento de matadouros e frigoríficos que produzem carne bovina em áreas de desmatamento ilegal.

Sob esta ótica, neste capítulo será explicitado, no item 5.1, como funciona a autorregulação da FEBRABAN sobre os procedimentos para que os Bancos signatários se comprometam a exigir de clientes frigoríficos e matadouros que suas cadeias produtivas estejam livres do desmatamento ilegal. Além disso, no item 5.2 será avaliada a compatibilidade Normativo SARB 026/2023 com o Regulamento UE 2023/1115.

6.1 Do Normativo SARB 026/2023

A Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN é uma associação sem fins lucrativos, que congrega instituições financeiras bancárias com atuação no território nacional, e associações representativas de instituições financeiras e congêneres, de âmbito nacional e regional.

A FEBRABAN tem por finalidade a congregação de suas Associadas para fortalecimento do Sistema Financeiro e de suas relações com a sociedade, de forma a contribuir para o desenvolvimento econômico social do Brasil, competindo-lhe, dentre outros, implementar programas de autorregulação, que consiste na capacidade das próprias entidades bancárias regularem o mercado em que atuam³⁰⁷.

³⁰⁷ O termo autorregulação tem origem histórica nos grupos medievais organizados, advindos das “cidades livres” nos séculos XI e XII, que possuíam poder para legislar suas próprias leis e manter tribunais de justiça, com sua evolução histórica para corporações profissionais.

A autorregulação permite às entidades privadas interferirem em certas situações econômicas para adequá-las aos modelos pré-estabelecidos de mercado, podendo, até mesmo, aplicar sanções através de mecanismos próprios.

A autorregulação é um modelo, de caráter privado, organizado por pessoas que atuam no mercado e que leva a fiscalização dos negócios de forma menos burocrática. Por outro lado, o modelo legal prevê a regulação do mercado por meio da intervenção do Estado, com delegação de parcela do poder de regulação ao próprio mercado, ou seja, o próprio Estado impulsiona a existência da autorregulação, deixando para si apenas o ato de fiscalizar/sancionar.

O sistema autorregulatório, por ser privado e livre de intervenção, é mais facilmente alterável, o que permite mais agilidade e melhor acompanhamento das situações da realidade, mas é importante que se tenha equilíbrio entre sua liberdade e flexibilidade.

Para atendimento as suas finalidades, em 2008 foi criado o Sistema de Autorregulação Bancária – SARB que é um conjunto de normas elaboradas pelas próprias instituições bancárias com o propósito de contribuir para um ambiente que permita aos bancos atuar de forma ainda mais eficaz, clara e transparente, em benefício do segmento e da sociedade como um todo.

Segundo o Código de Conduta Ética e Autorregulação da FEBRABAN um dos princípios éticos a serem observados pelos Bancos signatários é a responsabilidade ambiental econômica, social e cultural, e a cooperação para o desenvolvimento sustentável.

Diante das várias ações implementadas pela União Europeia para combater o desmatamento e a degradação florestal, que culminaram no Regulamento (EU) 2023/1115, o sistema de autorregulação da Febraban instituiu o Normativo para gestão do risco de desmatamento ilegal na cadeia de carne bovina – Normativo SARB 026/2023, em março de 2023.

O normativo estabelece que as instituições financeiras signatárias implementem um processo de *due diligence* para operações de créditos quem envolvam matadouros e frigoríficos bovinos, a fim de garantir que não sejam provenientes de áreas de desmatamento ilegal³⁰⁸.

As diretrizes para gestão de risco de desmatamento ilegal estabelecem que as instituições financeiras determinem aos seus clientes frigoríficos e matadouros situados na Amazônia Legal e no Maranhão, que implementem até dezembro de 2025, um sistema de rastreabilidade e monitoramento que permita demonstrar a não aquisição de gado associado ao Desmatamento Ilegal por fornecedores diretos e indiretos.

As entidades autorreguladoras, em sua maioria, têm interesse em manter a transparência de suas atividades, exigindo o cumprimento de suas normas aos seus agentes, consolidando padrões de conduta que garantem um modelo ético aos produtos e serviços através de normas e políticas, pontos estes favoráveis à sua aplicação. Ao promover a segurança do mercado, a autorregulação tende a aumentar os investimentos ao demonstrar que possui controle sobre suas próprias ações, trazendo um sistema economicamente mais vantajoso. ADOGADOS, Marcos Martins. A Autorregulação do mercado de capitais brasileiros. Disponível em: <https://www.marcosmartins.adv.br/a-autorregulacao-do-mercado-de-capitais-brasileiro/> Acesso em 31 de jan.2024).

³⁰⁸ art. 1º Este normativo tem por objetivo estabelecer diretrizes e procedimentos para que as Instituições Financeiras Signatárias promovam, por meio de suas Operações de Crédito com matadouros e frigoríficos de abate bovino, atividades nesta cadeia que sejam livres de Desmatamento Ilegal. (FEBRABAN. Normativo SARB 026/2023. O Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos - Febraban instituiu o NORMATIVO PARA GESTÃO DO RISCO DE DESMATAMENTO ILEGAL NA CADEIA DE CARNE BOVINA e define diretrizes a serem adotadas por suas Signatárias. FEBRABAN: 16 de março de 2023. Disponível em:

<https://cmsarquivos.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/SARB%20026-2023%20NORMATIVO%20PARA%20GEST%C3%83O%20DO%20RISCO%20DE%20DESMATAMENTO%20ILEGAL%20NA%20CADEIA%20DE%20CARNE%20BOVINA.pdf> Acesso em: 09 dez.2023.

6.2 Da Análise do Normativo SARB 026/2023 frente ao Regulamento UE 2023/1115

Embora o normativo da FEBRABAN seja anterior ao Regulamento UE 2023/1115, com certeza é fruto dos movimentos da União Europeia que culminaram na edição do referido Regulamento. Ocorre que o procedimento de *due diligence* elaborado pela FEBRABAN é ínfimo em face à norma europeia, como será demonstrado a seguir.

Inicialmente, verifica-se que o Normativo SARB 026/2023 é restrito às operações de créditos relacionadas a cadeia produtiva de carne bovina, enquanto o Regulamento UE 2023/1115 inclui em seu escopo, além do gado, borracha, cacau, café, madeira, óleo de palma, e soja.

Outro ponto de divergência é que a norma de autorregulação da FEBRABAN estabelece o processo obrigatório de *due diligence* para a cadeia produtiva de carne bovina decorrente de áreas de desmatamento ilegal. Entretanto, a norma europeia não faz distinção se o desmatamento é legal e ilegal, de modo que, em uma interpretação literal, pode-se entender que as regiões de desmatamento legalizadas pelos países produtores seriam objeto do citado Regulamento³⁰⁹. Todavia, caso seja este o entendimento adotado faz-se necessária a análise quanto a uma possível alteração não apenas do normativo da FEBRABAN, mas também do Código Florestal Brasileiro, o qual estabelece áreas de desmatamento legais³¹⁰.

Ressalta-se ainda que o Regulamento UE 2023/1115 prevê normas de *due diligence* muito mais rigorosas que aquelas estabelecidas pela FEBRABAN. Ora, a norma europeia adota

³⁰⁹ Mas o que chama atenção é que a regulamentação europeia não diferencia o desmatamento legal e o ilegal. Portanto, a nova lei ignora o Código Florestal Brasileiro que, dependendo da região, permite o uso de 80% da propriedade para a produção agropecuária, deixando o restante como reserva ambiental. Assim como a legislação brasileira prevê que 80% da mata de propriedades localizadas na região amazônica seja mantida. “Entendemos os objetivos de sustentabilidade da União Europeia, mas é lamentável impor decisões de forma unilateral, sem diálogo e desconsiderando as legislações existentes”, declara o presidente da Sociedade Rural Brasileira, Sérgio Bortolozzo. SOCIEDADE RURAL BRASILEIRA. Nova legislação de desmatamento da União Europeia ignora o Código Florestal Brasileiro, diz SRB. Publicação: 2024. Disponível em: <https://www.srb.org.br/nova-legislacao-de-desmatamento-da-uniao-europeia-ignora-o-codigo-florestal-brasileiro-diz-srb/> Acesso em 31 jan. 2024).

³¹⁰ O Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) é a principal política pública nacional de conservação de florestas e demais formas de vegetação nativa em áreas privadas, dispondo sobre limitações no uso e ocupação do solo nos imóveis rurais. A lei adota dois instrumentos de conservação: Área de Preservação Permanente (APP) e Reserva Legal, nas quais a vegetação nativa precisa ser preservada. Embora tenham regras de implementação e funções ambientais distintas, as APPs e a Reserva Legal têm como objetivo comum a conservação da biodiversidade.^[21] O Código também estabelece regras para a supressão de vegetação nativa nas áreas de uso alternativo do solo, quer dizer, em áreas fora de APP e Reserva Legal, nas quais é possível desmatar para a implantação de atividades econômicas. O desmatamento legal deve ser precedido de autorização do órgão competente e compensado por meio da reposição florestal, que pode ser entendida como um mecanismo de compensação ambiental pelo desmatamento autorizado. (CLIMATE POLICY INITIATIVE. Políticas Ambientais Brasileiras e o Novo Regulamento da União Europeia para Produtos Livres de Desmatamento. Publicação: 03 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.climatepolicyinitiative.org/pt-br/publication/politicas-ambientais-brasileiras-e-o-novo-regulamento-da-uniao-europeia-para-produtos-livres-de-desmatamento-oportunidades-e-desafios/> Acesso em 31 jan. 2024).

um sistema de *due diligence* composto das seguintes etapas: coleta de informações, avaliação e mitigação de risco, declaração de *due diligence*, relatórios anuais de monitoramento e divulgação. Já o Normativo SARB 026/2023 estabelece a obrigatoriedade de (i) implementação de um sistema de rastreabilidade e monitoramento que permita demonstrar, até dezembro de 2025, a não aquisição de gado associado ao Desmatamento Ilegal de Fornecedores Diretos e Indiretos, (ii) a divulgação permanente destas informações em seu website, e a adoção, pelos clientes matadouros e frigoríficos de abate bovino na Amazônia Legal e Maranhão, de controles que permitam a rastreabilidade e o monitoramento dos seus Fornecedores Diretos e Indiretos³¹¹.

³¹¹ CAPÍTULO III – DAS DIRETRIZES PARA GESTÃO DO RISCO DE DESMATAMENTO ILEGAL Art. 3º As Instituições Financeiras Signatárias deverão estabelecer Protocolo para suas Operações de Crédito com os matadouros e frigoríficos bovinos definidos no §2º do art. 1º, que cumpra os seguintes critérios: 2 I – seja compatível com as suas Políticas de Responsabilidade Social, Ambiental e Climática (PRSAC) e com o Gerenciamento Integrado de Riscos (GIR); II – determine os procedimentos a serem adotados para a gestão do risco de Desmatamento Ilegal associado a estas Operações; III – determinação de que os clientes matadouros e frigoríficos bovinos na Amazônia Legal e no Maranhão implementem um sistema de Rastreabilidade e Monitoramento que permita demonstrar, até dezembro de 2025, a não aquisição de gado associado ao Desmatamento Ilegal de Fornecedores Diretos e Indiretos; IV – para o cumprimento do inciso III, requeira destes clientes a divulgação permanente, em seu website, das seguintes informações: a) até 31 de dezembro de 2023, o compromisso indicado no inciso III e o plano de Rastreabilidade e Monitoramento para atingi-lo; b) até 30 de março de 2024, nível de progresso em relação à data base de dezembro de 2023 e subsequentemente de forma anual, contemplando os seguintes indicadores de desempenho: 1. volume total de cabeças de gado abatidas; 2. volume e percentual de cabeças de gado abatidas Rastreados e Monitorados até os Fornecedores Diretos; 3. volume e percentual de cabeças de gado abatidas Rastreados e Monitorados até os Fornecedores Indiretos; e 4. volume e percentual de cabeças de gado abatidas em cumprimento integral com o compromisso, cobrindo Fornecedores Diretos e Indiretos. c) indicação, para todos os indicadores, se são auditados por terceira parte. V – estabeleça a adoção, pelos clientes matadouros e frigoríficos de abate bovino na Amazônia Legal e Maranhão, de controles que permitam a Rastreabilidade e o Monitoramento dos seus Fornecedores Diretos e Indiretos, contemplando: a) embargos por Desmatamento Ilegal conforme lista mantida pelo Ibama, considerando o imóvel rural de exploração da atividade produtiva; b) embargos por Desmatamento Ilegal conforme listas mantidas pelos órgãos Estaduais de Meio Ambiente aplicáveis, quando disponibilizados pública e eletronicamente; c) sobreposições com polígonos de desmatamento do Sistema Prodes Amazônia/INPE e posteriores a 1º agosto de 2008 para Fornecedores Diretos e a 1º de agosto de 2019 para Fornecedores Indiretos; d) autorizações de supressão de vegetação quando da detecção de polígonos de desmatamento; e) sobreposições com Unidades de Conservação e Terras Indígenas homologadas, em data anterior à aquisição dos animais; f) protocolo do Cadastro Ambiental Rural (CAR) das propriedades de origem dos animais ou lote de animais; 3 g) verificação de inscrição no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo, instituído pela Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH nº 4, de 11.05.2016; h) manutenção do registro das informações da aquisição de animais; i) características intrínsecas suficientes para garantir a integridade dos dados e sejam construídas de forma que possa ser auditada por entidade independente. (FEBRABAN. Normativo SARB 026/2023. O Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos - Febraban institui o NORMATIVO PARA GESTÃO DO RISCO DE DESMATAMENTO ILEGAL NA CADEIA DE CARNE BOVINA e define diretrizes a serem adotadas por suas Signatárias. FEBRABAN: 16 de março de 2023. Disponível em: [file:///C:/Users/Marcelino/Downloads/SARB%20026-2023%20NORMATIVO%20PARA%20GEST%C3%83O%20DO%20RISCO%20DE%20DESMATAMENTO%20ILEGAL%20NA%20CADEIA%20DE%20CARNE%20BOVINA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Marcelino/Downloads/SARB%20026-2023%20NORMATIVO%20PARA%20GEST%C3%83O%20DO%20RISCO%20DE%20DESMATAMENTO%20ILEGAL%20NA%20CADEIA%20DE%20CARNE%20BOVINA%20(1).pdf) Acesso em: 09 dez.2023).

Portanto, verifica-se que sistema de *due diligence* proposto pela FEBRABAN além de não abranger todos os produtos do regramento europeu, necessita de aprimoramentos para atender plenamente ao Regulamento UE 2023/1115.

Por fim, tem-se que as regras do Normativo SARB 026/2023 são obrigatórias apenas para as instituições financeiras signatárias e carecem de força coercitiva robusta já que as sanções aplicáveis são apenas recomendações e suspensões/exclusões do Sistema de Autorregulação Bancária, nos termos do seu artigo 8³¹² e artigo 73 do Código de Conduta e Ética e Autorregulação Bancária³¹³.

Logo, conclui-se que, a despeito das normas da FEBRABAN para o combate de desmatamento ilegal serem compatíveis com o Regulamento UE 2023/1115, é notório que não atendem plenamente aos requisitos estabelecidos pela legislação europeia.

No entanto, verifica-se que a o normativo da FEBRABAN não deixa de ser uma iniciativa de se introduzir no Brasil regras que visem a sustentabilidade do meio em ambiente

³¹² CAPÍTULO VI – DAS SANÇÕES Art. 8º O descumprimento do presente Normativo importará na aplicação das sanções previstas no capítulo II, Seção IX, do Código Conduta Ética e Autorregulação Bancária, observados os procedimentos previstos no Normativo SARB nº 006/2009. (FEBRABAN. Normativo SARB 026/2023. O Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos - Febraban institui o **NORMATIVO PARA GESTÃO DO RISCO DE DESMATAMENTO ILEGAL NA CADEIA DE CARNE BOVINA** e define diretrizes a serem adotadas por suas Signatárias. FEBRABAN: 16 de março de 2023. Disponível em: [file:///C:/Users/Marcelino/Downloads/SARB%20026-2023%20NORMATIVO%20PARA%20GEST%C3%83O%20DO%20RISCO%20DE%20DESMATAMENTO%20ILEGAL%20NA%20CADEIA%20DE%20CARNE%20BOVINA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Marcelino/Downloads/SARB%20026-2023%20NORMATIVO%20PARA%20GEST%C3%83O%20DO%20RISCO%20DE%20DESMATAMENTO%20ILEGAL%20NA%20CADEIA%20DE%20CARNE%20BOVINA%20(1).pdf) Acesso em: 09 dez.2023).

³¹³ Art. 73. O descumprimento deste Código de Conduta Ética e Autorregulação, bem como dos normativos do Sistema de Autorregulação Bancária sujeitam as Signatárias à: I - recomendação para o ajuste de sua conduta, encaminhada por meio de carta reservada; II - recomendação para o ajuste de sua conduta, encaminhada por meio de carta com o conhecimento de todas as Signatárias, cumulada com a obrigação de pagar uma contribuição entre 1 (uma) e 10 (dez) vezes o valor da menor anuidade recolhida por uma Associada da FEBRABAN; III - suspensão de sua participação no Sistema de Autorregulação Bancária, com a suspensão do uso do Selo da Autorregulação e do mandato de seu Conselheiro no Conselho de Autorregulação, cumulada com a obrigação de pagar uma contribuição entre 5 (cinco) e 15 (quinze) vezes o valor da menor anuidade recolhida por uma Associada da FEBRABAN; e IV - exclusão de sua participação no Sistema de Autorregulação Bancária. § 1º A decisão levará em conta a gravidade da conduta, o impacto para o mercado, para a imagem da Signatária e para o Sistema de Autorregulação Bancária, além da reincidência. § 2º Na imposição de suspensão ou exclusão, o Conselho de Autorregulação estabelecerá o prazo e as condições a serem observadas pela Instituição. 17 § 3º A obrigação de pagar contribuição ao Sistema de Autorregulação Bancária poderá ser complementada pela obrigação de custear ou adotar ações específicas para fortalecer a credibilidade do Sistema Financeiro perante o público em geral, limitada a 5 (cinco) vezes o valor da menor anuidade recolhida por uma associada da FEBRABAN. § 4º Reverterão em favor da dotação orçamentária do Sistema de Autorregulação Bancária os valores arrecadados pela imposição das contribuições tratadas neste artigo. § 5º A decisão de exclusão do Sistema de Autorregulação Bancária será referendada pelo Conselho das Signatárias. §6º As Instituições Financeiras Signatárias que aderirem aos eixos normativos do Sistema de Autorregulação Bancária após a entrada em vigor deste Código submeter-se-ão a um Programa de Integração, previsto no Normativo SARB 020/2018 e estarão sujeitas à instauração de Averiguações Preliminares ou Processos Disciplinares somente após o período de 3 (três) anos da data de adesão. (FEBRABAN. Código de Conduta e Ética e Autorregulação Bancária FEBRABAN: 01 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.novaconcursos.com.br/arquivos-digitais/erratas/17004/25384/item5-codigo-conduta-etica-autorregulacao-bancaria.pdf> Acesso em: 31 jan.2024).

e o combate as mudanças climáticas em toda a cadeia de produção agrícola, como pretende a União Europeia.

Assim, para alcançar este objetivo o ideal é que o Normativo SARB 026/2023 seja adaptado para contemplar todas as operações financeiras relativas as matérias primas e produtos derivados descritos no regulamento UE 2023/1115, provenientes de áreas de desmatamento legal ou ilegal, assim como aprimorar as regras de *due diligence* da cadeia produtiva destas *commodities*, de acordo com o sistema adotado na norma europeia.

7. CONCLUSÃO

Como exposto, o Regulamento 2023/1115, em vigor desde 29 de junho de 2023 condiciona a comercialização na União Europeia de determinadas commodities agrícolas e seus derivados a *due diligence* de suas cadeias de fornecimento com o objetivo de verificar se foram ou não produzidas em zonas livres de desmatamento, seja ele legal ou ilegal, a partir de 31 de dezembro de 2020.

Antes mesmo de sua vigência, a FEBRABAN editou o Normativo SARB 026/2023 que estabelece um protocolo comum para gestão de riscos de desmatamento ilegal nas operações de créditos das instituições financeiras com frigoríficos e matadouros.

Nesse contexto, questiona-se se o sistema de *due diligence* implementado pela FEBRABAN em sede autorregulação é compatível com a regras previstas no Regulamento 2023/1115, sendo constatado ao longo deste artigo que o Normativo SARB 026/2023 editado pela Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN é compatível com o Regulamento UE 2023/1115.

Contudo, embora as normas da FEBRABAN para o combate de desmatamento ilegal estejam em conformidade com o Regulamento UE 2023/1115, é notório que não atendem plenamente aos requisitos estabelecidos pela legislação europeia.

Portanto, é evidente que não apenas as normas da FEBRAN devem ser ampliadas, como também outras devem ser criadas para adequar o Regulamento UE 2023/1115 a realidade brasileira. Todavia, este ponto ainda carece de mais discussões, considerando a resistência do governo brasileiro quanto a aplicação do Regulamento europeu ao Brasil.

REFERÊNCIAS

ADVOGADOS, Marcos Martins. A Autorregulação do mercado de capitais brasileiros. Disponível em: <https://www.marcosmartins.adv.br/a-autorregulacao-do-mercado-de-capitais-brasileiro/> Acesso em 31 de jan.2024

BRASIL. *Nota à imprensa n.º 377 de 08 de agosto de 2023*. Carta de países em desenvolvimento a autoridades europeias sobre a entrada em vigor da chamada “lei antidesmatamento” da União Europeia. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/carta-de-paises-em-desenvolvimento-a-autoridades-europeias-sobre-a-entrada-em-vigor-da-chamada-201clei-antidesmatamento201d-da-uniao-europeia . Acesso em: 31 de jan. 2024.

CADE. Guia Programas de Compliance. Orientações sobre a estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. CADE: Janeiro de 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf> Acesso em: 10 dez.2023.

CARDOSO, Mário. Os impactos do regulamento da União Europeia contra o desmatamento sobre as cadeias produtivas e exportações brasileira. Brasil: CNI, 2023.

CARVALHO, André C. et. al. Manual de Compliance. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CLIMATE POLICY INITIATIVE. Políticas Ambientais Brasileiras e o Novo Regulamento da União Europeia para Produtos Livres de Desmatamento. Publicação: 03 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.climatepolicyinitiative.org/pt-br/publication/politicas-ambientais-brasileiras-e-o-novo-regulamento-da-uniao-europeia-para-produtos-livres-de-desmatamento-oportunidades-e-desafios/> Acesso em 08 dez.2023.

CNI. Regulamento da União Europeia condiciona importação de determinadas commodities agrícolas e seus derivados a due diligence de desmatamento. Análise de Política Comercial 2, nº 10. Disponível em:

https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/78/99/78990af4-d034-4897-8013-252abe5b3ec2/apc_regulamento_ue_desmatamento_ano_2_n_10.pdf Acesso em: 10 de dez, 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Relações comerciais da UE com o Brasil. Fatos, números e desenvolvimentos mais recentes. Disponível em https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/brazil_pt?etrans=pt Acesso em: 10 dez. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Mercado Interno, Indústria, Empreendedorismo e PME. Glossário dos Termos Técnicos. Disponível em https://single-market-economy.ec.europa.eu/sectors/raw-materials/due-diligence-ready/due-diligence-explained_pt#:~:text=O%20dever%20de%20dilig%C3%Aancia%20consiste,pol%C3%ADticas%20gerais%2C%20par%C3%A1grafo%2010 . Acesso em: 25 jan. 2024.

EUR. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Stepping up EU Action to Protect and Restore the World’s Forests. European Commission: 23 de julho de 2019. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52019DC0352> Acesso em: 08 dez.2023.

EUR. Regulation (EU) 2023/1115 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2023 on the making available on the Union market and the export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and forest degradation and repealing

Regulation (EU) No 995/2010. Official Journal of the European Union: 09 de junho de 2023. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32023R1115&qid=1687867231461> Acesso em: 08 dez. 2023.

FAO. Global Forest Resources Assessment 2020 - Key findings. Rome: [s.n.]. Disponível em: <https://www.fao.org/forest-resources-assessment/2020/en/> Acesso em: 09 dez. 2023.

FAO. Global Forest Resources Assessment 2020: Main report. Rome. Disponível em <https://doi.org/10.4060/ca9825en> Acesso em: 08 dez. 2023.

FEBRABAN. Normativo SARB 026/2023. O Sistema de Autorregulação Bancária da Federação Brasileira de Bancos - Febraban institui o NORMATIVO PARA GESTÃO DO RISCO DE DESMATAMENTO ILEGAL NA CADEIA DE CARNE BOVINA e define diretrizes a serem adotadas por suas Signatárias. FEBRABAN: 16 de março de 2023. Disponível em: [file:///C:/Users/Marcelino/Downloads/SARB%20026-2023%20NORMATIVO%20PARA%20GEST%20O%20DO%20RISCO%20DE%20DESMATAMENTO%20ILEGAL%20NA%20CADEIA%20DE%20CARNE%20BOVINA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Marcelino/Downloads/SARB%20026-2023%20NORMATIVO%20PARA%20GEST%20O%20DO%20RISCO%20DE%20DESMATAMENTO%20ILEGAL%20NA%20CADEIA%20DE%20CARNE%20BOVINA%20(1).pdf) Acesso em: 09 dez.2023.

FEBRABAN. Código de Conduta Ética e Autorregulação. FEBRABAN: 01 de janeiro de 2023. Disponível em:

<https://cmsarquivos.autorregulacaobancaria.com.br/Arquivos/documentos/PDF/C%3%B3digo%20de%20Conduta%20%C3%89tica%20e%20Autorregula%C3%A7%C3%A3o%20Banc%C3%A1ria%20-%20atualizado%20pela%20Delibera%C3%A7%C3%A3o%20050-2023.pdf> Acesso em: 09 dez.2023.

FEBRABAN. Código de Conduta e Ética e Autorregulação Bancária FEBRABAN: 01 de janeiro de 2019. Disponível em:

<https://www.novaconcursos.com.br/arquivos-digitais/erratas/17004/25384/item5-codigo-conduta-etica-autorregulacao-bancaria.pdf>

Acesso em: 31 jan.2024.

IPCC. Climate Change and Land - An IPCC Special Report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/4/2020/02/SPM_Updated-Jan20.pdf Acesso em 09 dez. 2023.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. Compliance: concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan Editora, 2017, p. 31.

Ministério da Agricultura e Pecuária. Lei da União Europeia sobre o desmatamento foi discutida na Câmara dos Deputados. Gov.br: 13 de julho de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/lei-da-uniao-europeia-sobre-o-desmatamento-extrapola-os-limites-territoriais-e-nao-atende-a-realidade-brasileira-e-o-conceito-de-sustentabilidade> Acesso em: 10 dez.2023.

Ministério das Relações Exteriores. Carta de países em desenvolvimento a autoridades europeias sobre a entrada em vigor da chamada “lei antidesmatamento” da União Europeia. Gov.br: 08 de set.2023. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/carta-de-paises-em-desenvolvimento-a-autoridades-europeias-sobre-a-entrada-em-vigor-da-chamada-201clei-antidesmatamento201d-da-uniao-europeia Acesso em: 10 dez.2023.

OECD (2018) Due Diligence Guidance for Responsible Business. Disponível em: <https://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf> Acesso em: 07 dez.2023.

SOCIEDADE RURAL BRASILIERA. Nova legislação de desmatamento da União Europeia ignora o Código Florestal Brasileiro, diz SRB. Publicação:2024. Disponível em: <https://www.srb.org.br/nova-legislacao-de-desmatamento-da-uniao-europeia-ignora-o-codigo-florestal-brasileiro-diz-srb/> Acesso em 31 jan.2024).

**PARTE 2 – TÓPICOS ESPECIAIS DE DIREITO DA
CONCORRÊNCIA**

8. AS PALAVRAS TÊM PODER: ANÁLISE DAS DECLARAÇÕES PÚBLICAS COMO CONDUTA ANTICOMPETITIVA NA PRÁTICA DO CADE

9. WORDS HAVE POWER: ANALYSIS OF PUBLIC STATEMENTS AS ANTI-COMPETITIVE CONDUCT IN CADE'S PRACTICE

Bárbara De' Carli Cauhy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. METODOLOGIA 3. AS DECLARAÇÕES PÚBLICA NA PRÁTICA DO CADE 4. AS FORMAS DE ANÁLISE DAS DECLARAÇÕES PÚBLICAS PELO CADE 4.1 Casos arquivados em razão da ausência de preocupações concorrenciais 4.2 Casos de convite à cartelização 4.3 Casos de recomendações aos concorrentes 4.4 Casos de revelação unilateral de informação 4.5 As formas de análise do Cade: conclusões 5. CONCLUSÃO

RESUMO: As relações empresariais e comerciais são permeadas pela comunicação. No direito da concorrência, entretanto, a comunicação não é apenas algo rotineiro, comum da atividade empresarial. É também um meio para prática de condutas anticompetitivas. Normalmente, a comunicação que preocupa às autoridades de defesa da concorrência são as que acontecem diretamente entre as partes. Entretanto, declarações públicas também podem ser utilizadas por empresas e entidades para alcançar um acordo colusivo. O presente artigo visa identificar, com base na experiência do Cade, como as declarações públicas que geram preocupações concorrenciais são analisadas. A pesquisa, inicialmente, verificou que a experiência do Cade nas investigações de declarações públicas como conduta anticompetitiva é incipiente: identificou apenas 10 casos, dentre eles apenas um foi analisado pelo Tribunal do Cade. Sobre a forma de avaliação, observou-se que as declarações públicas de empresas e entidades associativas foram analisadas de três formas distintas: (i) como “convite a cartelização”; (ii) como “recomendação aos concorrentes”; e (iii) como “revelação unilateral de informações”. As duas primeiras foram avaliadas como presumidamente ilícitas e a última como presumidamente lícita.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa da concorrência; Anúncios públicos; Condutas anticompetitivas

ABSTRACT: As business and commercial relationships are permeated by communication. In competition law, however, communication is not merely a routine and common aspect of business activity. It is also a means for engaging in anticompetitive conduct. Typically, the communications that concern competition authorities are those occurring directly between the parties. Nevertheless, public statements can also be used by companies and entities to reach a collusive agreement. This article aims to identify, based on the experience of the Administrative Council for Economic Defense (CADE), how public statements that raise competition concerns are analyzed. The research initially found that CADE's experience in investigating public statements as anticompetitive conduct is limited: only 10 cases were identified, and among them, only one was analyzed by the CADE Tribunal. Regarding the assessment method, it was observed that public statements by companies and associative entities were analyzed in three distinct ways: (i) as an "invitation to cartelization"; (ii) as a "recommendation to competitors";

and (iii) as a "unilateral disclosure of information." The first two were evaluated as presumptively unlawful, while the last was considered presumptively lawful.

KEYWORDS: Competition defense; Public announcements; Anticompetitive conduct

1. INTRODUÇÃO

As relações empresariais e comerciais são permeadas pela comunicação. As empresas estão constantemente conversando com o mercado. Por vezes com seus clientes, outras vezes com seus fornecedores. Os executivos participam de eventos do setor. Concedem entrevistas a rádios e jornais. Conferências são organizadas para divulgação dos resultados comerciais das empresas. A própria legislação, quando falamos de companhias abertas, exige a comunicação. Comunicar, portanto, faz parte do dia a dia de todo agente de mercado.

No direito da concorrência, entretanto, a comunicação não é apenas algo rotineiro, comum da atividade empresarial. É também um meio para prática de condutas anticompetitivas. Como aquele velho ditado dizia “as palavras tem poder”. Algumas palavras, ditas em um determinado contexto, a determinadas pessoas, em uma determinada frequência, têm, por exemplo, o poder de criar conluíus entre empresas concorrentes. A comunicação, portanto, também pode ser perigosa ao mercado, aos consumidores ou à sociedade em geral.

Normalmente, a comunicação que preocupa as autoridades de defesa da concorrência são as que acontecem diretamente entre as partes. Ou seja, as conversas privadas e, muitas vezes, sigilosas entre empresas. Entretanto, não seriam as comunicações pública, realizadas nas entrevistas à rádios e jornais ou nas mencionadas conferências de resultados, igualmente perigosas ao ambiente competitivo? Afinal, as palavras permanecem tendo poder.

Não ousou dizer que palavras ditas em público são tão perigosas quanto as trocadas em meios privados, mas certamente perigosas são. Declarações públicas podem ser utilizadas por empresas e entidades associativas para influenciar uma conduta comercial uniforme, sinalizar preços, condições de oferta ou outras variáveis comerciais. Há autores que sugerem, inclusive, que declarações públicas poderiam substituir a comunicação privada na formação de um conluio.³¹⁴

Por outro lado, as declarações públicas podem ser extremamente positivas ao mercado, pois aumentam a transparência e diminuem a incerteza, proporcionando benefícios significativos

³¹⁴ HARRINGTON JR., Joseph E. Collusion in Plain Sight: firm’s use of public announcements to restrain competition. *Antitrust Law Journal*, Chicago; v. 84, n. 2, Jun. 2022. Disponível em: <<https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/alj22.pdf?103460/d3ded543799c5510bd1383b6732c1a851cdd154ae7e9779c2b54f98b9f155ff2>>. Acesso em: 1.12.2023.

para diversos agentes, incluindo consumidores, fornecedores e operadores do mercado de capitais.

Ao tornar públicas informações sobre estratégias e perspectivas futuras, as empresas, muitas vezes, promovem uma compreensão mais clara do ambiente de negócios. Isso permite que os consumidores tomem decisões mais informadas sobre produtos e serviços, ao passo que oferece aos fornecedores *insights* valiosos para ajustar suas operações em resposta à demanda prevista. Além disso, a transparência proporcionada pelas declarações públicas, fomenta a confiança entre as empresas e seus investidores. Em síntese, há vários cenários em que as declarações públicas possuem efeitos pró-competitivos.

Sabendo que as declarações públicas podem ser instrumentos valiosos para promoção da transparência do mercado, mas ao mesmo tempo serem utilizadas para facilitação de um conluio, qual deve ser sua metodologia de análise? Diferentes declarações públicas, exigem diferentes tipos de análise? Diante desses desafios, o presente artigo tem como objetivo identificar, com base na experiência do Cade, como as declarações públicas são analisadas, e se há diferenças nas análises a depender de suas características.

Vale destacar que de acordo com a OCDE, condutas facilitadoras de acordos anticompetitivos, tais como as declarações públicas, estão substituindo os acordos explícitos entre concorrente e se tornando cada vez mais frequentes.³¹⁵ Nesse contexto, o estudo aprofundado dessa conduta é de extrema importância para proteger o mercado de arranjos anticompetitivo, sem restringir declarações públicas pró-competitivas ao mercado.

Feitas essas considerações introdutórias, o presente artigo apresenta, no capítulo 2, a metodologia utilizada no trabalho. Em seguida, o capítulo 3 apresenta os casos identificados em que o Cade analisou as declarações públicas enquanto potencial prática anticompetitiva. O capítulo 4 analisa a metodologia de análise do Cade. Por fim, o capítulo 6 apresenta a conclusão deste trabalho.

2. METODOLOGIA

Para identificar a experiência do Cade na análise de declarações públicas, foi utilizada a pesquisa pública da plataforma “SEI” e o Sistema de Busca de Jurisprudência do Cade com palavras-chave como: “declarações públicas”, “anúncios públicos”, “revelação unilateral de informação”, “convite à cartelização”, entre outros termos semelhantes.

³¹⁵ OECD. Unilateral disclosure of information with anticompetitive effects. Paris, 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>> Acesso em: 1.12.2023

A busca resultou em um total de 13 casos identificados, três³¹⁶ deles foram excluídos da análise, pois investigavam declarações unilaterais realizadas por meios privados. Em seguida, os 10 casos identificados foram tabulados considerando suas características, tais como (i) data de instauração, (ii) data de julgamento, (iii) mercado relacionado; (iv) representados e sua natureza jurídica; (v) parecer da Superintendência-Geral do Cade (“SG-Cade”), (vi) status da investigação, (vii) representante, (viii) teor da declaração pública, (ix) meio de divulgação da declaração pública; (x) autor da declaração pública, entre outros.

Feitas as considerações metodológicas, serão apresentados, a seguir, os resultados obtidos a partir da pesquisa, acompanhados de considerações próprias e doutrinárias.

3. AS DECLARAÇÕES PÚBLICAS NA PRÁTICA DO CADE

Como mencionado acima, a presente pesquisa identificou apenas 10 casos que trataram ou tratam da conduta de declaração pública como uma possível infração à ordem econômica. Os casos estão sintetizados na tabela abaixo, por ordem de instauração:

Tabela 1: Casos que apuraram declarações públicas

Processo	Representados	Apelido	Status
PA ³¹⁷ n. 08012.003623/2009-53	<ul style="list-style-type: none"> ● União Brasileira de Avicultura (UBA) ● Ariel Antônio Mendes 	Caso UBA	Encerrado por TCC ³¹⁸ .
PA n. 08012.001772/2009-88	<ul style="list-style-type: none"> ● Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, Cacau, Amendoim e Derivados (ABICAB) ● Sindicato da Indústria de Produtos de Cacau, Chocolates, Balas e Derivados (SICAB) ● 3 pessoas físicas 	Caso ABICAB	Encerrado por TCC.
PA n. 08012.000069/2012-58	<ul style="list-style-type: none"> ● Sindicato do Comércio Varejista de Material de Escritório, Escolar e 	Caso Simpa-SP	Encerrado por TCC

³¹⁶ PA n. 08012.004484/2005-51 (Siemens VDO); PA n. 08012.001286/2012-65 (Copagaz) e PA n. 08700.005636/2020-14 (Augustinho Stang).

³¹⁷ “PA” significa “Processo Administrativo”. Trata-se de espécie de processo administrativo do Cade que visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo.

³¹⁸ “TCC” significa “Termo de Compromisso de Cessação”. Trata-se de compromisso celebrado entre partes investigadas e Cade. Os investigados comprometem a cessar a conduta e contribuir com a investigação e, em contrapartida ao encerramento da investigação.

	Papelaria do Estado de São Paulo e Região (Simpa – SP) ● Antônio Martins Nogueira		
PA n. 08700.009858/2015-49	● Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo (Sincopetro-SP) ● José Alberto Paiva Gouveia	Caso Sincopetro-SP	Arquivado pelo Tribunal do Cade
PP³¹⁹ n. 08700.000416/2020-02	● JBS S.A. ● BRF S.A.	Caso JBS/BRF	Arquivado pela SG-Cade
PA n. 08700.005438/2021-31	● Miriri Alimentos e Bioenergia S/A ● Gilvan Celso Cavalcanti de Moraes Sobrinho	Caso Miriri	Sob análise do Tribunal do Cade
PA n. 08700.000899/2021-18	● Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal (Sindicombustíveis-DF) ● Paulo Roberto Correa Tavares	Caso Sindicombustíveis-DF	Sob análise da SG-Cade
PP n. 08700.001819/2023-11	● TAM Linhas Aéreas S.A.	Caso Tam	Arquivado pela SG-Cade
IA³²⁰ n. 08700.003498/2023-81	● Telefônica Brasil S.A. ● Christian Mauad Gebara	Caso Vivo	Sob análise da SG-Cade
PP n. 08700.008524/2023-68	● Claro S.A.	Caso Claro	Sob análise da SG-Cade

Fonte: elaboração própria.

É possível observar da tabela acima que, do total de 10 casos, seis foram arquivados (60%) e quatro (40%) ainda estão sob análise da autoridade antitruste brasileira.

Dos seis casos arquivados, três decorreram da celebração de TCC, dois foram arquivados em sede de PP e apenas um foi analisado pelo Tribunal do Cade, resultando também no arquivamento. Além disso, ressalta-se que dentre esses três casos apenas um deles recebeu parecer da Secretária de Direito Econômico (“SDE”)³²¹.

³¹⁹ “PP” significa “Procedimento Preparatório”. Trata-se de espécie de processo administrativo do Cade que visa apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

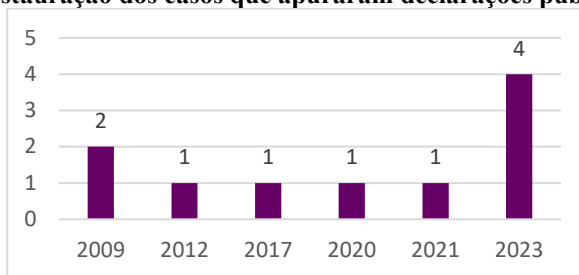
³²⁰ “IA” significa “Inquérito Administrativo”. Trata-se de espécie de processo administrativo do Cade de natureza inquisitorial que visa investigar possíveis infrações à ordem econômica. O inquérito administrativo é instaurado quando os indícios para de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

³²¹ A Secretária de Direito Econômico (“SDE”) era entidade vinculada ao Ministério da Justiça responsável por apurar condutas anticompetitivas. Com promulgação da Lei n. 12.529/11, a SDE foi extinta e suas funções foram incorporadas pelas Superintendência-Geral do Cade.

Em relação aos quatro casos sob investigação, observa-se que três estão sob análise da SG-Cade e um pelo Tribunal do Cade. O caso que está sob análise do Tribunal do Cade, Caso Miriri, foi distribuído à relatoria do ex-Conselheiro Luiz Hoffmann. Esse votou pelo arquivamento do caso. Na sequência, o Conselheiro Gustavo Augusto pediu vista. Portanto, aguarda-se o retorno do julgamento. Em relação aos outros três casos, destaca-se que esses não receberam parecer da SG-Cade, até a elaboração do presente artigo.

Em análise das investigações, ao longo dos anos, observa-se do gráfico abaixo, que apresenta a data de instauração dos casos que apuraram declarações públicas, uma maior preocupação do Cade com essa conduta neste ano de 2023:

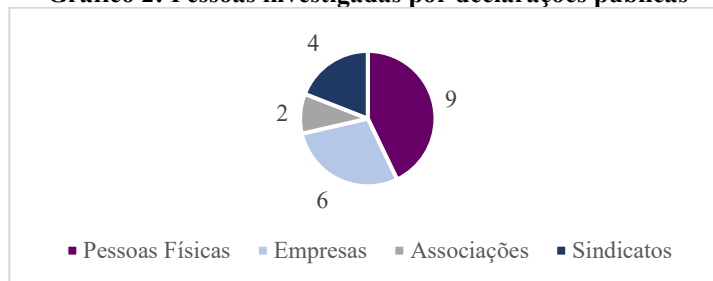
Gráfico 1: Data de Instauração dos casos que apuraram declarações públicas ao longo dos anos



Fonte: elaboração própria.

Em relação às pessoas investigadas, observa-se do gráfico abaixo que (i) há o mesmo número de casos que investiga/investigou empresas e associações e sindicatos e (ii) mais investigações de pessoas físicas. O fato de terem mais pessoas físicas investigadas acontece pois essas são investigadas em conjunto com as empresas (executivos das empresas) e com os sindicatos e associações (representantes do sindicato e associação).

Gráfico 2: Pessoas investigadas por declarações públicas



Fonte: elaboração própria.

Os únicos casos que não tiveram pessoas físicas investigadas foram: Caso Tam, Caso JBA/BRF e Caso Claro. Os dois primeiros encerrados em PP. O último ainda está sob investigação, também em PP.

Cruzando as informações do gráfico 1 com o gráfico 2, verifica-se que os casos em que foram investigadas as condutas de associações e sindicatos são mais antigos (os dois de 2009, 2012, 2017 e apenas 1 de 2023). Consabido, associações e sindicatos são há muitos anos alvos de investigação por seus documentos, informativos e comunicações aos associados. Há inúmeros casos de condenação de associações e sindicatos por tabelas de preços, recomendações aos seus associados. A redução do número de investigações de condutas de associações e sindicatos pode significar um nível aprendido dessas entidades e maior cuidados nas suas comunicações, após histórico de condenação.

Ante o exposto, conclui-se que a experiência do Cade nas investigações de declarações públicas como conduta anticompetitiva é incipiente. Foram identificados apenas 10 casos e apenas um foi analisado de forma completa pela autoridade antitruste. Os dados demonstram que, aparentemente, há maior atenção da autoridade antitruste brasileira a essa conduta nesse ano de 2023 e que, aparentemente, as entidades associativas têm tido maior cuidados com suas declarações do empresas.

4. AS FORMAS DE ANÁLISE DAS DECLARAÇÕES PÚBLICAS PELO CADE

Como visto, a comunicação desempenha um papel importante no desenvolvimento da atividade empresarial. Contudo, também pode ser um meio para implementação de práticas anticompetitivas. No presente capítulo, analisaremos os 10 casos que despertaram preocupações concorrências do Cade, com intuito de identificar como a autoridade antitruste analisa essa conduta.

O Cade entende que todas as declarações públicas podem ter efeitos pro-competitivos e, por conseguinte, as analisa pela regra da razão? Ou considera que há declarações públicas presumidamente ilícitas? Quais os fatores que foram considerados pelo Cade na análise dessa conduta? Essas são algumas das perguntas que buscaremos responder ao longo desse capítulo.

Tendo em vista que alguns casos ainda estão sob análise da autoridade de defesa da concorrência e que outros foram encerrados antecipadamente em razão de TCC, foram analisados, na presente pesquisa: (i) no Caso Sincopetro-SP, os votos dos conselheiros e os pareceres da SG-Cade, ProCade e MPF-Cade; (ii) no Caso Miriri, o voto do conselheiro relator e os pareceres da SG-Cade, ProCade e MPF-Cade; (iii) nos Casos JBS/BRF, Tam e UBA os pareceres/decisões da SG-Cade; (iv) nos Casos ABICAB, Simpa-SP, Sindicombustíveis-DF e Vivo, as notas técnicas que sugeriram a instauração de inquérito administrativo ou processo

administrativo. O Caso Claro não foi objeto de análise, pois, no momento de realização desta pesquisa, não havia nenhuma manifestação do Cade, apenas despacho instaurando o PP.

A partir da análise dos documentos acima, concluiu-se que o Cade já analisou, ainda preliminarmente, as declarações públicas de empresas e entidades associativas de três formas distintas: (i) como “convite a cartelização”; (ii) como “recomendação aos concorrentes”; e (iii) como “revelação unilateral de informações”. Além disso, verificou-se dois casos em que o Cade entendeu que as declarações públicas sequer geravam preocupações concorrenciais.

Tabela 2: Formas de análise das declarações públicas pelo Cade

Caso de convite à cartelização	Casos de recomendações aos concorrentes	Casos de revelação unilateral de informações	Caso sem preocupações concorrenciais
Caso Miriri ³²²	Caso UBA Caso Simpa-SP Caso Sindicombustíveis-DF ³²³	Caso Sincopetro-SP Caso ABICAB	Caso Tam Caso JBS/BRF

Fonte: elaboração própria.

Para entender cada uma das formas de análise, passa-se a apresentar nos tópicos seguintes: as características das declarações públicas de cada Caso, os atos instrutórios realizados pelo Cade para apuração da conduta e, por fim, a avaliação da autoridade antitruste brasileira sobre a conduta investigada.

4.1 Casos arquivados em razão da ausência de preocupações concorrenciais

O Caso JBS/BRF foi instaurado em 2020 e o Caso Tam em 2023. Os dois casos foram arquivados pela SG-Cade em sede de PP.

4.1.1 As declarações públicas

As declarações que, inicialmente, geraram preocupações concorrenciais do Cade, mas em seguida foram avaliadas como inofensivas foram as seguintes:

³²² O enquadramento do caso pode ser alterado, tendo em vista que ainda está em andamento.

³²³ O enquadramento do caso pode ser alterado, tendo em vista que ainda está em andamento.

Tabela 3: Declarações públicas Caso Tam e Caso JBS/BRF

Declaração pública Caso Tam	Declaração pública Caso JBS/BRF
<p>a) "Latam não vai reduzir preço para ganhar fatia do mercado";</p> <p>b) "Nos últimos dois anos, a Latam liderou o mercado em 23 meses"; e</p> <p>c) "Não está nas minhas metas ser líder (de mercado). Não vamos ganhar <i>market share</i> se não for de forma rentável. As margens precisam crescer ainda.</p>	<p>"Esses custos, [...] é um custo estrutural, e custo estrutural ocorre para todos os players, ele vai para o preço, porque é normal que um custo estrutural que ocorre na indústria inteira vá para os preços." (JBS)</p> <p>"Eu acho que essa colocação é a forma com que a gente vê. Eu costumo dizer que todos os frangos comem o milho. Então, se subir, e sobe, vai subir para todo mundo, e acaba que a gente vira, e como é estrutural, é um pass through, ele repassa e vai para o preço, o que muda a dinâmica é o timing que isso acontece de fato." (BRF)</p>

Fonte: elaboração própria.

As declarações foram realizadas, em ambos os casos, e nas três empresas, pelos CEOs das empresas. No Caso Tam, a fala do CEO aconteceu em uma teleconferência para apresentação dos resultados trimestrais da empresa, quando eram realizadas perguntas ao representante da empresa.

No Caso JBS/BRF, as falas dos CEOs aconteceram em uma conferência promovida por banco de investimentos onde eram discutidas questões relacionadas à representatividade do preço do milho no custo de produção da proteína de frango. Ambas as declarações decorreram de pergunta formulada pelo moderador do painel intitulado "*Foods: Managing growth amid a global food revolution*" sobre o impacto do aumento do preço do milho e da soja na produção. Nos dois casos, as falas dos CEOs foram reproduzidas em jornais.

Em ambas as declarações, Caso Tam e JBS/BRF, as empresas tratavam sobre o preço futuro. Ou seja, faziam referência a uma informação tida como concorrencialmente sensível.

Por fim, analisa-se as declarações utilizando da classificação proposta por Joseph E. Harrington, Jr. em artigo publicado em 2022. Neste artigo, o autor avaliou a existência de três tipos de declarações públicas que geram maiores preocupações concorrenciais: (i) declarações em que a empresa descreve sua conduta futura, condicionada a conduta das empresas concorrentes; (ii) declarações públicas que recomendam como empresas concorrentes ou o

mercado como um todo deve se comportar no futuro e (iii) declarações públicas que preveem/especulam sobre a conduta de empresas concorrentes ou do mercado em geral.

Com base nessa classificação, observa-se que a declaração do Caso Tam não se enquadra em nenhum dos tipos propostos por Joseph E. Harrington Jr. A declaração pública da Tam faz referência apenas a própria conduta da empresa. Esse tipo de anúncio, ou seja, que não faz referência a conduta de rivais ou do mercado gera menores risos à concorrência, na avaliação do Autor e, aparentemente, do Cade também.

O Caso JBS/BRF, por sua vez, apresenta uma declaração pública do tipo “iii”. Isso, porque os CEOs estão especulando o aumento do preço do frango, em razão o aumento do preço do milho.

Em relação as características das declarações, é possível observar que (i) ambas se deram por provocação de terceiras pessoas, não foram declarações meramente espontâneas ou intencionais das partes; (ii) repercutiram em jornais e (iii) trataram de informações tidas como comercialmente sensíveis: preço. No Caso Tam, a declaração pública não mencionava conduta de outros agentes ou da indústria. Por outro lado, no Caso JBS/BRF as falas dos CEOs especulavam sobre aumento de preço.

4.1.2 Os atos instrutórios do Cade

Os atos instrutórios avaliados nesta pesquisa se referem as medidas ou procedimentos tomados pela autoridade antitruste para apurar a suposta conduta anticompetitiva. Na tabela abaixo são identificados os seguintes atos instrutórios do Cade:

Tabela 4: Atos instrutórios do Cade nos casos Tam e JBS/BRF

Casos	Ofícios Representado	Ofícios agentes do mercado	Ofícios entidades públicas	Ofícios canais de comunicação	Parecer Econômico	Oitiva de testemunhas	Reuniões com Representado	Depoimento pessoal
JBS/BRF		✓						✓
TAM		✓						

Fonte: elaboração própria.

No Caso JBS/BRF o Cade oficiou as empresas investigas pedindo para que essas se manifestassem sobre a suposta conduta anticompetitiva, enviando a matéria do jornal Valor Econômico. Não foi realizada nenhuma pergunta específica. No Caso Tam, a SG-Cade solicitou

(i) dados de *market share* e (ii) contexto das informações divulgadas e (iii) gravação completa da entrevista.

Apesar de um dos ofícios ser mais genérico, observa-se que ambos buscaram esclarecimentos das empresas sobre as declarações públicas. Isso indica que havia expectativa do Cade de que as declarações tivessem algum propósito/intuito legítimo. Além disso, a solicitação de dados de *market share* pode indicar atenção do Cade para existência de poder de mercado como fator relevante para análise da conduta.

4.1.3 A análise da conduta pelo Cade

Como mencionado, ambos os casos foram arquivados pela SG-Cade ainda em PP. No Caso Tam, a primeira observação importante da SG-Cade é de que as frases imputadas ao entrevistado, citadas entre aspas na matéria jornalística que gerou a instauração do PP, não se confirmaram textualmente quando analisada a gravação integral da coletiva de imprensa.

Além disso, a SG-Cade considerou que “[...] *embora tenham sido feitas referências a políticas futuras de preços, de market share e de alocação de rotas*”³²⁴, as declarações faziam referência apenas a informações genéricas e análises gerais do mercado e da estratégia da empresa. Diante desses aspectos, decidiu pelo arquivamento do PP.

No Caso JBS/BRF, a análise da SG-Cade foi mais detalhada. Inicialmente, a SG-Cade comentou sobre a conduta de “revelação unilateral de informação” e foi categórica ao mencionar que essa pode gerar efeitos pró-competitivos ao mercado. Além disso, antes de analisar o caso em questão, a SG-Cade realizou uma revisão da jurisprudência internacional, apresentando casos da União Europeia e Estados Unidos sobre a conduta de revelação unilateral de informações. A SG-Cade também mencionou o documento final da mesa redonda conduzida pelo OCDE sobre a conduta de revelação unilateral de informações³²⁵.

Ao analisar especificamente as declarações públicas dos CEOs das empresas, a SG-Cade entendeu que “[...] *não estão identificados nos conteúdos aqui expostos elementos que configurem troca de informações concorrencialmente sensíveis que possam resultar em sinalização de aumento de preços ou revelação unilateral de informações*”³²⁶. Ainda de acordo com a SG-Cade, essa conclusão decorreu da análise das circunstâncias do pronunciamento que

³²⁴ Parágrafo 10 Nota Técnica n. 8/2023/CGAA9/SGA2/SG/CADE. PP n. 08700.001819/2023-11.

³²⁵ OECD. Unilateral disclosure of information with anticompetitive effects. Paris, 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>> Acesso em: 1.12.2023.

³²⁶ Parágrafo 24 da Nota Técnica n. 6/2020/SG-TRIAGEM/CONDUTAS/SGA2/SG/CADE. PP n. 08700.000416/2020-02.

ocorreu “[...] em evento público, em resposta a [sic.] pergunta formulada por participante da conferência, sem a intermediação de associação ou sindicato.”³²⁷

Além disso, a SG-Cade considerou que os executivos divergiram durante o evento sobre projeções de resultados para o ano seguinte, para reforçar a inexistência de indício de infração à ordem ecoCômica.

Apesar dos arquivamentos, em ambos os casos a SG-Cade mencionou estar atenta com declarações públicas. Apontou, no Caso JBS/BRF ao fato de que “*existe uma tendência e uma jurisprudência relativamente consolidada [...] que declarações, ainda que unilaterais e públicas, que possam influenciar comportamentos uniformes entre concorrentes devem ser motivos de preocupação e, em determinadas circunstância, são passíveis de enquadramento como infração anticompetitiva*”³²⁸.

4.2 Casos de convite à cartelização

O Caso Miriri foi instaurado em 2021 e ainda está sob análise do Tribunal do Cade. A SG-Cade e o MPF-Cade recomendaram a condenação dos representados. A ProCade e o Conselheiro Relator, votaram pelo arquivamento do processo administrativo. E, agora, o caso está parado em razão do pedido de vista do Conselheiro Gustavo Augusto.

4.2.1 A declaração pública

A declaração pública sob investigação é a seguinte:

Tabela 5: Declarações públicas Caso Miriri

Declaração pública Caso Miriri ³²⁹
"Acho que este é um assunto de extrema relevância, né? Que é a questão de como a gente posicionar os volumes de comercialização que nós vamos começar a fazer agora. [...] E eu acho que vai depender da gente, de como a gente vai conversar...e se a gente fizer um ordenamento de oferta...mínimo. E aí eu acho que essa conversa a gente precisa estabelecer ela com muita maturidade e eu acho que ela deveria ser cada dia 20 de mês a gente bater um papo sobre como disponibilizar ...porque às vezes uma oferta de Miriri que é de 5

³²⁷ Parágrafo 24 da Nota Técnica n. 6/2020/SG-TRIAGEM/CONDUTAS/SGA2/SG/CADE. PP n. 08700.000416/2020-02.

³²⁸ Parágrafo 28 da Nota Técnica n. 6/2020/SG-TRIAGEM/CONDUTAS/SGA2/SG/CADE. PP n. 08700.000416/2020-02.

³²⁹ Apresentou-se apenas trechos da declaração pública.

milhões...pega 5 ou 6 players que tem no mercado ela passa a ser 25 e pressiona todo mundo como se eu fosse ofertar muito mais. Eu acho que nessa questão. [...]

"E sobre este aspecto específico da comercialização...é uma coisa que todos nós estamos começando a safra, né Edmundo? E a gente...Eu convocaria todos os colegas pra que essa ordenação de oferta de produtos, que eu acho...a gente já viu que a concorrência, neste ano, pra ter o ganho econômico, foi falado por todos aí, é entre a gente. A gente tem que realmente...se a gente ordenar...uma safra que está demandada com poucos produtos...tem tudo pra ela ser bem utilizada economicamente pelas empresas. [...]"

Fonte: elaboração própria.

A declaração foi realizada pelo Diretor Presidente da Miriri. Ele também era Presidente do Conselho do Sindicato da Indústria de Fabricação do Alcool no Estado da Paraíba (Sindalcool-PB). A fala se deu durante o “Workshop de Comercialização – Abertura da Safra 2021 2022”, realizado pelo Sindalcool-PB. Não foram verificadas repercussões das declarações em nenhum veículo de comunicação.

Observa-se que a declaração pública do Diretor Presidente da Miriri trata sobre “ordenamento de oferta”. Ou seja, trata de oferta futura considerada uma informação comercialmente sensível.

Em relação tipo de declaração, novamente utilizando a classificação de por Joseph E. Harrington, trata-se da declaração do tipo “ii”, isto é que recomenda como empresas concorrentes ou o mercado como um todo deve se comportar no futuro.

Dessa forma, em relação as características das declarações públicas, é possível observar que a declaração pública (i) foi intencional, isto é, não foi provocada por terceiros por meio, por exemplo, de perguntas; (ii) é longa, apresentou-se aqui apenas poucos trechos; (iii) não repercutiu em jornais ou outros veículos de comunicação; (iv) tratou de informações tidas como comercialmente sensíveis: oferta e (v) é uma declaração do tipo “ii”, ou seja, faz uma recomendação ao mercado.

4.2.2 Os Atos instrutórios do Cade

Os atos instrutórios do Cade nesse caso foram os seguintes:

Tabela 6: Atos instrutórios do Cade no Caso Miriri

atos	Ofícios representados	Ofícios da empresa do mercado	Ofícios entidades públicas	Ofícios canais de comunicação	Perceber Econômico	Ofertiva de testemunhas	Reuniões com Representado	Despacho pessoal
Miriri	✓					✓	✓	

Fonte: elaboração própria.

O ofício ao representado foi o primeiro ato instrutório do Cade. Nesse ofício, o Cade questionou (i) se houve as reuniões mencionadas na fala do executivo no Workshop de Comercialização e se sim, participantes, datas e temas, e pediu (ii) para explicar o que o executivo entende por "ordenamento de oferta" mencionado no Workshop.

No caso, a defesa do representado respondeu que não houve as reuniões propostas. Sobre o ordenamento de oferta explicou que, naquele momento, havia preocupações com os estoques e a entrega do etanol anidro e que a fala seria apenas para garantir o produto no mercado, evitando o desabastecimento.

As oitivas de testemunhas foram, em verdade, convertidas em declarações escritas. E a reunião com o Cade somente aconteceu quando o Caso já estava sob análise do conselheiro relator.

4.2.3 A análise da conduta pelo Cade

Inicialmente, o caso foi analisado pela SG-Cade. Esta autoridade entendeu que a declaração pública do executivo da Miriri configuraria um convite a cartelização, conduta considerada ilícita *per se*, presumindo-se seus efeitos negativos e sua ilicitude, sendo desnecessária a análise de poder de mercado. Avaliando apenas a autoria e materialidade da conduta, a SG-Cade concluiu que “no caso concreto houve evidente convite à cartelização para controlar a oferta no mercado nacional de produção e venda de etanol por parte dos Representados”³³⁰.

No mesmo sentido da SG-Cade, tem-se o parecer do MPF-Cade. Em síntese, o MPF-Cade entendeu que as falas do Diretor Presidente do Miriri tiveram “[...] o claro objetivo de propor a restrição da oferta do Setor Econômico, a fim de assegurar patamares lucrativos de

³³⁰ Parágrafo 48 da Nota Técnica n. 36/2023/CGAA6/SGA2/SG/CADE. PA n. 08700.005438/2021-31.

preços.”³³¹ Tratou a conduta, portanto, como “*convite à fixação de volumes de produção*”³³², enquadrando-a na categoria dos ilícitos *per se*.

O MPF-Cade realizou ainda uma diferenciação da conduta de “revelação unilateral de informações concorrencialmente sensíveis” com o “convite a cartelização”:

Enquanto o convite expresso à colusão consubstancia conduta inerentemente danosa, cujo resultado conduz invariavelmente à celebração de um acordo colusivo, a publicação unilateral de parâmetros concorrencialmente sensíveis não possui esse caráter, já que, a depender das circunstâncias, poderá gerar efeitos pró-competitivos. Por essa razão, dependerá da análise pautada pela regra da razão³³³

A ProCade, por outro lado, considerou “[...] *temerário classificar a conduta sob análise - convite a cartel - como um ilícito por objeto, como fez a Superintendência-Geral em sua nota técnica final.*”³³⁴ De acordo com essa autoridade, a conduta não poderia ser classificada como ilícita pelo objeto, pois (i) o convite foi realizado publicamente a todos os presentes num Workshop, ou seja, para cliente, consultores, além de outros ouvintes, não apenas aos concorrentes; (ii) dependendo de como fossem executadas as reuniões, elas poderiam gerar efeitos pró-competitivos ao mercado por aumentar a transparência e (iii) era possível vislumbrar outros objetivos que não relacionados à restrição à livre concorrência.

Além disso, a ProCade entendeu que, ainda que considerado um ilícito pelo objeto, o caso não conta com provas suficientes da materialidade da conduta para justificar uma condenação.

O Conselheiro Relator, ex-Conselheiro Luiz Hoffmann, assim como a SG-Cade e o MPF-Cade entendeu que a conduta configurava convite a cartelizar. Segundo o ex-Conselheiro, o “convite a cartelizar” seria “[...] *uma das formas de prática da infração à ordem econômica de influência à adoção de conduta comercial uniforme*”³³⁵ em que “[...] *o agente, a partir de um “convite”, busca explicitamente estabelecer um acordo coordenado entre os concorrentes, com o objetivo de restringir a concorrência e obter vantagens indevidas*”³³⁶.

O convite a cartelização, para o ex-Conselheiro é conduta ilícita *per se*, não sendo necessária a análise dos efeitos. Além disso, estabeleceu que “*eventual aceite ou recusa por*

³³¹ Parágrafo 69 do Parecer n. 07/2023/WA/MPF/CADE. PA n. 08700.005438/2021-31.

³³² Parágrafo 70 do Parecer n. 07/2023/WA/MPF/CADE. PA n. 08700.005438/2021-31.

³³³ Parágrafo 53 do Parecer n. 07/2023/WA/MPF/CADE. PA n. 08700.005438/2021-31.

³³⁴ Parágrafo 77 do Parecer n. 00019/2023/CGEP/PFE-CADE/PGF/AGU. PA n. 08700.005438/2021-31.

³³⁵ Parágrafo 75 do Voto do Conselheiro Relator. PA n. 08700.005438/2021-31.

³³⁶ Parágrafo 74 do Voto do Conselheiro Relator. PA n. 08700.005438/2021-31.

parte daquele que é "convidado" torna-se irrelevante para caracterizar a materialidade do ilícito antitruste"³³⁷.

Apesar de concordar com a SG-Cade e o MPF-Cade quanto a caracterização da conduta, entendeu que não estar comprovada a materialidade do delito. Destacou que o acervo probatório se restringia unicamente à transcrição integral do Workshop, não havia estudos econômicos, correspondências internas, dados de mercado, entre outros. Diante disso, entendeu que “os indícios apresentados são incipientes e suscetíveis a interpretações duvidosas, o que não permite afirmar, além de qualquer dúvida razoável, que as falas dos Representados tenham efetivamente representado um convite ao conluio.”³³⁸ Nesse sentido, votou pelo arquivamento do processo administrativo em relação aos dois representados.

Vale mencionar que o ex-Conselheiro também diferenciou o “convite a cartelização” das condutas de “recomendação aos concorrentes” e “revelação unilateral de informações. Segundo o ex-Conselheiro: (i) a recomendação aos concorrentes, trata-se de conduta que pode “se manifestar através de diretrizes, sugestões, recomendações ou imposições, com o objetivo de orientar outros agentes econômicos que atuam no mesmo mercado a adotarem uma conduta comercial alinhada com a orientação fornecida”³³⁹ e (ii) a revelação unilateral de informações, refere-se a prática da “divulgação, em meio público ou entre concorrentes, de informações sensíveis do ponto de vista concorrencial, como preços, dados históricos, capacidade de produção, custos, entre outros, que podem facilitar a formação de uma colusão tácita ou, em alguns casos, trazer benefícios para os consumidores.”³⁴⁰

É possível concluir, do exposto, que a declaração pública do Diretor Presidente da Miriri, diferente dos demais casos, foi compreendida como um “convite a cartelização”. E que, essa conduta, é enquadrada como um ilícito *per se*. Sendo analisada da mesma forma que uma conduta de cartel.

4.3 Casos de recomendações aos concorrentes

O Caso UBA foi instaurado em 2009 e encerrado por TCC. Nesse caso, a SDE foi responsável pela análise da conduta e o TCC foi celebrado logo após recomendação de condenação dessa autoridade. O Caso Simpa-SP foi instaurado em 2012 e também encerrado

³³⁷ Parágrafo 86 do Voto do Conselheiro Relator. PA n. 08700.005438/2021-31.

³³⁸ Parágrafo 272 do Voto do Conselheiro Relator. PA n. 08700.005438/2021-31.

³³⁹ Parágrafo 72 do Voto do Conselheiro Relator. PA n. 08700.005438/2021-31.

³⁴⁰ Parágrafo 73 do Voto do Conselheiro Relator. PA n. 08700.005438/2021-31.

em razão da celebração de TCC. Nesse caso, o TCC foi celebrado antes da manifestação da SDE sobre a conduta. Por fim, o Caso Sindicombustíveis-DF foi instaurado em 2023. O Caso ainda está sob análise da SG-Cade.

4.3.1 As declarações públicas

As declarações públicas dos três casos mencionados acima que geraram preocupações concorrenciais foram as seguintes:

Tabela 7: Declarações públicas caso UBA, Simpa-SP e Sindicombustíveis-DF

Caso UBA	Caso Simpa-SP	Caso Sindicombustíveis-DF
<p>“Em outubro, após reuniões, questionamentos, e estratégias traçadas em conjunto, a União Brasileira de Avicultura, a Associação Brasileira dos Produtores e Exportadores de Frango e a Associação dos Produtores de Pintos de Corte iniciaram um trabalho em conjunto [...] A meta em comum foi de reduzir em 20% o volume de alojamento de pintos de corte, ajustado a produção de acordo com as quedas na demanda previsíveis diante do cenário projetado, em especial, para o primeiro trimestre de 2009. [...] É nesta união que está a força do setor avícola.”</p>	<p>“O SIMPA-SP (Sindicato do Comércio Varejista de Material de Escritório e Papelaria de São Paulo e Região) está recomendando que os varejistas repassem para os preços dos produtos que compõem a lista de material escolar, o índice da inflação no período, que deve ficar entre 4,5% e 6,5%, segundo o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo)”</p>	<p>"Ainda de acordo com Tavares, “haverá repasses no sábado (13/2) nas distribuidoras do etanol anidro”. “Anidro foi de R\$ 2,470 para R\$ 2,850 – aumento de R\$ 0,38. Isso irá impactar em mais 10 centavos na gasolina”, explicou."</p> <p>"O preço da gasolina no Distrito Federal aumentará mais R\$ 0,10 nesta terça-feira (16/2), segundo o Sindicato de Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes do DF (Sindicombustíveis-DF). Agora, de acordo com o presidente da entidade, Paulo Tavares, a alta é justificada pelo reajuste no ICMS. [...] “A cada 15 dias, o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços) é revisado. Na segunda-</p>

		feira (8/2), teve aumento de refinaria. Nesta terça de Carnaval, terá reajuste de R\$ 0,10 referente ao ICMS”, informou.”
--	--	---

Fonte: elaboração própria.

As três declarações públicas foram realizadas pelos Presidentes das associações e sindicato. No Caso UBA, a declaração foi apresentada no relatório anual da associação. No Caso Simpa-SP, as declarações foram publicadas em notícias no próprio site da associação. No Caso Sindicombustíveis-DF, a declaração decorreu de entrevista concedida ao jornal eletrônico CB Poder.

Importante ressaltar que, no Caso Sindicombustíveis-DF, apesar de a investigação ter se iniciado apenas em decorrência da declaração pública apresentada na tabela acima, incluiu-se na investigação circulares publicadas pelo sindicato em que constam tabelas com o valor do ICMS e seu impacto no preço da bomba.

Nos três casos, as declarações públicas dos presidentes repercutiram em diversos jornais.

Como é possível observar da tabela acima, o Caso UBA tratou sobre o controle da produção (i.e., oferta) e os casos Simpa-SP e Sindicombustíveis-DF de reajustes de preços. Como visto, informações sobre preço e oferta são informações tidas como concorrencialmente sensíveis.

Por fim, em relação ao tipo de declaração, conforme classificação proposta por Joseph E. Harrington, nos casos UBA e Simpa-SP, as declarações públicas são do tipo “ii”, isto é, declarações públicas que recomendam como empresas concorrentes ou o mercado como um todo deve se comportar no futuro. No Caso Sindicombustíveis, a declaração pública é do tipo “iii”, declarações públicas que preveem/especulam sobre a conduta de empresas concorrentes ou do mercado em geral.

Da análise das declarações públicas é possível observar que os casos UBA e Simpa-SP são mais parecidos entre si, enquanto o Sindicombustíveis-DF possui características específicas. Nos casos UBA e Simpa-SP, as declarações públicas são intencionais e divulgadas pelas próprias entidades associativas, diferente do Caso Sindicombustíveis-DF que a declaração pública decorre de uma entrevista, ou seja, é provocada por um terceiro.

Além disso, nos casos UBA e Simpa-SP há declarações do tipo “ii”, ou seja, com recomendações de como o mercado deveria agir. No Caso Sindicombustíveis-DF há declaração

pública do tipo “iii”, ou seja, apenas com especulação de como o mercado poderá se comportar, em razão das alterações no preço das refinarias da Petrobras e do ICMS.

Apesar das mencionadas diferenças entre as declarações públicas, o Caso Sindicombustíveis-DF, pelo menos até o momento, está sendo tratado pelo Cade de forma semelhante ao tratamento dado aos casos UBA e Simpa-SP, isto é, como prática de recomendação a concorrentes.

4.3.2 Os Atos instrutórios do Cade:

Os atos instrutórios do Cade nos Casos UBA, Simpa-SP e Sindicombustíveis-DF foram os seguintes:

Tabela 8: Atos instrutórios do Cade nos casos UBA, Simpa-SP e Sindicombustíveis-DF

Casos	Ofícios Representado	Ofícios agentes do mercado	Ofícios entidades públicas	Ofícios canais de comunicação	Parecer Econômico	Oitiva de testemunhas	Reuniões com Representado	Depoimento pessoal
UBA								
Simpa-SP								
Sindicombustíveis-DF	✓	✓				✓		✓

Fonte: elaboração própria.

Mais uma vez, nota-se aproximação entre os Casos UBA e Simpa-SP e a discrepância do Caso Sindicombustíveis-DF.

A autoridade de defesa da concorrência não promoveu nenhum ato instrutório nos Casos UBA e Simpa-SP. Destaca-se que o Caso UBA envolvia também evidências de reuniões, com troca de informações sensíveis e os próprios representados admitiram em defesa os fatos investigados. A defesa pode ter substituído a necessidade de o Cade promover atos instrutórios.

O Caso Simpa-SP, por sua vez, teve medida preventiva instituída. Isso significa que a autoridade de defesa da concorrência já avaliou a prática como potencialmente anticompetitiva, desde o seu princípio.

No Caso Sindicombustíveis-DF, por outro lado, a autoridade antitruste promoveu diversos atos instrutórios. Nos ofícios encaminhados aos representados, a SG-Cade solicitou (i)

as atas de reunião do sindicato, (ii) eventual estudo econômico feito por esta entidade que justifique as declarações realizadas em entrevistas e, por fim, pediu (iii) esclarecimentos sobre as recentes manifestações sobre reajustes de preços por parte dos revendedores de combustíveis do DF.

Além disso, a SG-Cade se aproveitou da investigação do Sindicombustíveis-DF para investigar, também, outros sindicatos do setor. Encaminhou, para isso, ofícios à sindicatos de todo o país questionando se o sindicato se manifestou, nos últimos dois anos, a respeito de necessidade de reajustes de preços de revenda de combustíveis em razão de majoração de custos, tais como aumento do preço da gasolina na refinaria ou do álcool anidro, elevação de impostos, como ICMS, ou aumento de encargos trabalhistas?

Também oficiou à Transpetro para solicitação de dados do setor. Por fim, realizou estudo econômico com objetivo de avaliar “*se os comportamentos de preços analisados se distinguem de meros paralelismos de preços, havendo, ao contrário, razoáveis indícios econômicos de colusão*”³⁴¹.

4.3.3 A análise da conduta pelo Cade

No Caso UBA, a SDE entendeu que a declaração pública do presidente da associação “[...] *influencia - ou pode influenciar - as decisões de produtores e, assim, a forma e o tempo de ajustamento inerente ao sistema descentralizado de decisões coerentes que induz a melhor alocação de recursos*”³⁴². A conduta foi tida como “ilícita pelo objeto” pela SDE, de forma que o argumento da UBA de que, sua conduta não causou efeitos negativos no mercado foi, imediatamente, afastado.

No Caso Simpa-SP, a análise da SDE foi bem semelhante. Logo no início, a autoridade antitruste estabeleceu que “*a ação de entidades de classe de divulgar informações comerciais sensíveis, tais como preços atuais e futuros, custos e níveis de produção, bem como a de coordenar a atuação de agentes no mercado, contraria diretamente os ditames da Lei n° 8.884/94, na medida em que gera ou tem potencial para gerar efeitos anticoncorrenciais.*”³⁴³ Dessa passagem já é possível concluir que as declaração públicas de entidades de classe que tratam de informações sensíveis eram consideradas presumidamente ilícitas.

³⁴¹ Item II.1.4 da Nota Técnica 17/2021/CGAA6/SGA2/SG/CADE. PA n. 08700.000899/2021-18.

³⁴² Parágrafo 55 da Nota Técnica de fls. 355 a 371. PA n. 08012.003623/2009-53.

³⁴³ Parágrafo 18 da Nota Técnica de fls. 8 a 20. PA n. 08012.000069/2012-58.

Especificamente sobre a declaração pública do Presidente do Simpa-SP, a SDE entendeu que haveria fortes indícios de conduta anticompetitiva, considerando que essa induz os lojistas a aumentarem o preço dos produtos, mesmo que o valor dos produtos não tenha sofrido acréscimo. Segundo a SDE, a declaração do Simpa-SP é “*aleatória, generalista e sem qualquer fundamento econômico*”³⁴⁴ e, com ela, o sindicato “*quer antecipar possíveis aumentos de custos sem que esses tenham efetivamente ocorrido*”³⁴⁵.

Por fim, sobre o Caso Sindicombustíveis-DF, a SG-Cade caracteriza a conduta do sindicato como “*recomendações de aumento dos preços de combustíveis automotivos*”³⁴⁶. Entende que “[h]á indícios de que a conduta praticada pelo Sindicombustíveis/DF busca definir uma política comercial comum a toda a classe de revendedores, segundo a qual os aumentos de custos devem ser repassados imediata e integralmente para o preço de bomba”³⁴⁷.

No mesmo sentido dos Casos UBA e Simpa-SP, a SG-Cade avalia que essa prática de “sugestão de preços por parte de associações e/ou sindicatos a seus afiliados” pode prejudicar a livre concorrência, por influenciar o processo de decisão dos agentes econômicos, gerando a elevação coordenada dos preços antes mesmo de o revendedor receber o produto com o novo preço. Segundo a SG-Cade, a mera possibilidade de produção de efeitos anticompetitivos já seria suficiente para a caracterização dessa conduta.

De todo modo, a SG-Cade solicitou avaliação do DEE sobre o comportamento dos preços dos combustíveis. Após análise, o DEE concluiu que não encontrou “*de maneira clara, o efeito das declarações do Sindicombustíveis nos preços da gasolina comum do Distrito Federal*”³⁴⁸. Defendeu, contudo, que “*ao fazer este tipo de sugestão de impacto no preço de maneira homogênea, o sindicato assumiu o risco de produção de efeitos anticompetitivos, mesmo que eles venham a não ocorrer, motivo pelo qual a presente conduta parece se aproximar daquelas tidas por ilícitas por si só*”³⁴⁹.

Apesar de a conduta do Sindicombustíveis também estar sendo analisado como sugestão/recomendação à concorrentes, nos mesmos moldes dos Casos UBA e Simpa-SP, observa-se das seções acima que as declarações públicas das entidades possuem características bem diferentes.

³⁴⁴ Parágrafo 36 da Nota Técnica de fls. 8 a 20. PA n. 08012.000069/2012-58.

³⁴⁵ Parágrafo 35 da Nota Técnica de fls. 8 a 20. PA n. 08012.000069/2012-58.

³⁴⁶ Parágrafo 61 da Nota Técnica n. 9/2023/CGAA6/SGA2/SG/CADE. PA n. 08700.000899/2021-18.

³⁴⁷ Parágrafo 85 da Nota Técnica n. 9/2023/CGAA6/SGA2/SG/CADE. PA n. 08700.000899/2021-18.

³⁴⁸ Ementa da Nota técnica n. 41/2021/DEE/CADE. PA n. 08700.000899/2021-18.

³⁴⁹ Ementa da Nota técnica n. 41/2021/DEE/CADE. PA n. 08700.000899/2021-18.

No Caso Sindicombustíveis-DF não há, efetivamente, uma sugestão/recomendação de preços. As falas do presidente do Sindicato apenas preveem um determinado aumento com base no aumento de custos. Nas circulares divulgadas pelo próprio Sindicato também não há palavras ou frases sugerindo o repasse das alterações de preços, mas apenas informação sobre seu impacto.

Declarações do tipo “ii”, tais como dos Casos UBA e Simpa-SP não se confundem com declarações do tipo “iii”. Como indica o próprio autor Joseph Jr., as declarações públicas do tipo “iii”, seriam mais desafiadores do ponto de vista das autoridades de defesa da concorrência. Isso porque, diferente dos tipos “i” e “ii”, há variadas razões legítimas que justificariam a realização de declarações públicas com projeções sobre comportamentos/desempenhos futuros.

Ante ao exposto, é possível concluir que as declarações públicas da UBA e Simpa-SP foram caracterizadas como recomendações à concorrentes e que, esse tipo de conduta, é considerada presumidamente ilícita pela autoridade antitruste. Além disso, verificou-se que o Caso Sindicombustíveis-DF, apesar de tratar de uma declaração pública que apenas especular sobre a conduta das revendedoras de gasolina, também foi caracterizada como recomendação à concorrentes e, por consequência, está sendo considerada presumidamente ilícita.

4.4 Casos de revelação unilateral de informação

O Caso ABICAB foi instaurado em 2009 e encerrado por TCC, antes de a SDE emitir parecer sobre a conduta. Necessário destacar que a SDE, à época, não utilizou especificamente o termo “revelação unilateral de informações”, mas termos assemelhados como “divulgação de informações de mercado” e “informações divulgadas à mídia”.

Quanto ao Caso Sincopetro-SP, esse foi instaurado em 2017, e arquivado pelo Tribunal do Cade em julgamento no ano de 2019. A SG-Cade, o MPF-Cade e a ProCade recomendaram a condenação dos representados. Apesar disso, o caso foi arquivado por unanimidade pelo Tribunal.

Ressalta-se que esses três órgãos pareceristas trataram da conduta como prática de recomendação aos concorrentes. Entretanto, o Tribunal do Cade discordou dessa classificação, enquadrando a conduta como prática de revelação unilateral de informação.

4.4.1 As declarações públicas

As declarações públicas investigadas pelo Cade acima foram as seguintes:

Tabela 9: Declarações públicas Caso ABICAB e Caso Sincopetro-SP

Declaração pública Caso ABICAB	Declaração pública Caso Sincopetro-SP
<p>"Em relação aos preços devem ficar em torno de 8% mais altos na comparação com 2008, levando-se em conta os níveis de inflação do período e os aumentos dos insumos mais importantes (cacau, leite e açúcar), embalagem e mão-de-obra."</p>	<p>"A gasolina deve sofrer um reajuste nas bombas de 5 a 7%. A estimativa é do presidente do Sincopetro (Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo) no Estado de São Paulo, José Alberto Paiva Gouveia. Ele também acredita que o diesel vá subir entre 3,5 e 4,5%. [...] Ele defende que os postos repassem o valor imediatamente, mesmo que tenham em estoque combustível comprado com preço antigo. O objetivo, de acordo com o presidente do Sincopetro, é garantir o capital de giro para comprar gasolina e diesel reajustados."</p>

Fonte: elaboração própria.

As declarações públicas da ABICAB foram realizadas pelo Presidente e Vice-Presidente, a época. No Caso Sincopetro-SP, as declarações públicas são exclusivamente do Presidente do sindicato.

As declarações da ABICAB ocorreram em uma coletiva intitulada "Pascoa 2009" realizada pela própria associação no Hotel Maksoud em SP, onde foram apresentadas perspectivas do setor quanto à preço e produção da Páscoa 2009. As informações apresentadas pelo Presidente e Vice-presidente da associação foram reproduzidas por diversos jornais.

As declarações do Presidente da Sincopetro-SP foram proferidas em entrevista concedida à Rádio Bandeirantes e reproduzidas por diversos jornais. Destaca-se que o próprio sindicato publicou matéria em seu site com trechos da declaração pública do seu Presidente.

Sobre o conteúdo das declarações, como é possível observar, ambas trataram de reajuste de preços em razão de aumento de custos, portanto, de informações consideradas concorrencialmente sensíveis, conforme já apresentado neste artigo.

Por fim, em relação ao tipo de declaração pública, utilizando proposta do autor Joseph E. Harrington, verifica-se que a declaração da ABICAB se enquadra no tipo "iii", ou seja, declarações públicas que preveem/especulam sobre a conduta de empresas concorrentes ou do mercado em geral. As declarações do Sincopetro-SP se enquadram nos tipos "ii" e "iii". No tipo "ii", está o trecho em que o Presidente afirma que "[a] orientação do sindicato é que o aumento seja repassado imediatamente para o consumidor". No tipo "iii" estão os trechos como

“[a] gasolina deve sofrer um reajuste nas bombas de 5 a 7%” e “[e]le também acredita que o diesel vá subir entre 3,5 e 4,5%”.

Em relação as características das declarações, é possível observar que (i) a declaração do Presidente da ABICAB foi espontânea/intencional, não decorreu de provação de terceiros, enquanto a declaração do Presidente do Sincopetro-SP, decorreu de entrevista concedida a um jornal, apesar disso foi reproduzida, intencionalmente, pelo próprio sindicato em matéria publicada em seu site; e que (ii) ambas as declarações repercutiram em jornais e trataram de informações tidas como comercialmente sensíveis: preço.

No Caso ABICAB, a declaração pode ser classificada como do tipo “iii”, pois realizou previsão de reajuste dos preços, considerando a inflação. No Caso Sincopetro-SP, além de declarações públicas do tipo “iii”, observou-se também declarações do tipo “ii”, em que o sindicato recomenda o repasse imediato do aumento do preço do combustível nas refinarias.

Além do exposto, observa-se que as características das declarações públicas do Caso do Sindicombustíveis-DF se assemelham mais com as declarações dos Casos Sincopetro-SP e ABICAB, do que com as declarações do Simpa-SP e UBA.

4.4.2 Os atos instrutórios do Cade

Os atos instrutórios do Cade nos casos analisados foram os seguintes:

Tabela 10: Atos instrutórios do Cade nos casos ABICAB e Miriri

Casos	Ofícios Representado	Ofícios agentes do mercado	Ofícios entidades públicas	Ofícios canais de comunicação	Parecer Econômico	Oitiva de testemunhas	Reuniões com Representado	Depoimento pessoal
ABICAB	✓	✓	✓		✓			
Sincopetro-sp	✓	✓	✓	✓		✓		

Fonte: elaboração própria.

No Caso ABICAB, diferente de todos os outros, o primeiro ato instrutório da autoridade antitruste foi a realização de uma análise econômica sobre a possibilidade de colusão na indústria do Chocolate. Tal análise foi considerada necessária para “[...] *justificar um esforço investigativo acerca de uma eventual infração da ordem econômica no setor*”.³⁵⁰ Ou seja, a

³⁵⁰ Parecer CGAE/SDE n. 1/2009. PA n. 08012.001772/2009-88.

SDE, à época considerou que apenas valeria a pena instaurar uma investigação diante das declarações públicas do presidente da ABICAB, caso essas tivessem o potencial de gerar algum efeito anticompetitivo no mercado.

No Caso Sincopetro-SP, apesar de a autoridade antitruste não ter realizado uma análise econômica, destaca-se que os representados apresentaram parecer do GO Associados sobre aspectos concorrenciais na distribuição atacadista de combustíveis no Brasil.

No Caso ABICAB os ofícios encaminhados aos investigados solicitaram informações sobre como a associação colhia as informações relativas ao mercado, compilava essas informações e as divulgava ao setor. No Caso Sincopetro-SP os ofícios solicitaram a memória de cálculo do valor do reajuste dos preços para o consumidor final, em relação ao reajuste da Petrobras e questionaram como as refinarias informavam sua decisão de reajustes de preços.

Em ambos os casos, observou-se preocupação da autoridade antitruste com os dados de mercado. No Caso ABICAB foram encaminhados ofícios à diversos distribuidores para obter informações a respeito dos preços e condições de compra dos produtos de chocolate especialmente produzidos para serem comercializados na Páscoa. No Caso Sincopetro-SP, a SG-Cade oficiou a ANP solicitando o reajuste médio semanal dos preços de derivados de petróleo.

No Caso Sincopetro-SP, destaca-se, que a gravação completa da entrevista somente foi solicitada pelo conselheiro relator.

Ao comparar os atos instrutórios do Cade nos casos de convite a cartelização e recomendação a concorrentes com os casos de revelação unilateral de informações, observa-se que a prática de revelação unilateral gerou maior atuação investigatória da autoridade antitruste.

Por fim, também se observa que os atos instrutórios do Cade no Caso Sindicombustíveis-DF são parecidos com os realizados pela autoridade antitruste nesses casos. Recorda-se do tópico acima que, no Caso Sindicombustíveis-DF, até a data de elaboração deste artigo, a SG-Cade enviou ofícios aos representados e agentes de mercado, bem como solicitou uma análise econômica.

4.4.3 A análise da conduta pelo Cade

No Caso ABICAB, a primeira observação que se faz é que, antes mesmo de a averiguação ser instaurada, o mercado de chocolates foi analisado pelo Coordenação-Geral de Análise Econômica do Departamento de Proteção e Defesa Econômica para verificar a possibilidade de colusão na indústria de chocolates. Apenas tal fato já demonstra a inclinação

da autoridade administrativa a análise da conduta pela regra da razão, ou seja, avaliando seus efeitos efetivos no mercado.

Em análise do mercado, a Coordenação-Geral de Análise Econômica do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, por sua vez, concluiu que havia elementos facilitadores de conluio, como: (i) “*posição de barganha favorável em relação a parte ao demais agentes da cadeia*”, (ii) “*pequeno número de empresas líderes (três)*”; (iii) “*empresas líderes possuem contatos nos diversos segmentos do setor de chocolates e em múltiplos mercados*”; (iv) “*existência de entidade que facilita a comunicação*” e (v) “*empresas líderes grandes e com elevada capacidade financeira*”.³⁵¹ Diante da conclusão do parecer econômico e considerando que as declarações públicas da associação por tratar de “*comunicação às empresas de um dado relevante para definição das suas estratégias concorrenciais*”³⁵² poderia facilitar a colusão, a SDE decidiu instaurar averiguação preliminar.

Após diligências da SDE, envio de ofícios à agentes de mercado e aos investigados, a SDE decidiu instaurar processo administrativo. A SDE avaliou o modo como a associação divulga informações e seus possíveis efeitos e, concluiu que esse comportamento pode configurar conduta anticompetitiva “*uma vez que a associação, ao emitir comunicação prévia de importantes variáveis comerciais como preços e níveis de produção, pode influenciar artificialmente o mercado em direção a condutas coordenadas*”³⁵³.

No caso em específico, avaliou a declaração pública “*ocorreu em data na qual tais informações ainda poderiam ter efeito na formação de preços e estratégias de comercialização*”³⁵⁴. Isso, conjugado com a existência de condições estruturais que poderiam facilitar estratégias colusivas, fez com que a SDE concluísse pela necessidade de investigar “*a efetiva ocorrência de infração à ordem econômica por parte da Abicab*”³⁵⁵.

Observa-se que a SDE considerou para abertura do processo administrativo: (i) as condições do mercado, (ii) o momento da declaração pública e sua possível influência no mercado. Tais fatores, mais uma vez, evidenciam a inclinação da autoridade antitruste para análise pela regra da razão.

O Caso Sincopetro-SP, como destacado no início deste capítulo, foi tratado pela SG-Cade, ProCade e MPF-Cade como como recomendação a concorrentes.

³⁵¹ Parecer CGAE/SDE n. 1/2009. PA n. 08012.001772/2009-88.

³⁵² Parágrafo 15 da Nota Técnica de fls. 23 a 31. PA n. 08012.001772/2009-88.

³⁵³ Parágrafo 24 da Nota Técnica de fls. 659 a 673. PA n. 08012.001772/2009-88.

³⁵⁴ Parágrafo 48 da Nota Técnica de fls. 659 a 673. PA n. 08012.001772/2009-88.

³⁵⁵ Parágrafo 49 da Nota Técnica de fls. 659 a 673. PA n. 08012.001772/2009-88.

Segundo a SG-Cade, a recomendação a concorrentes é uma das formas da conduta de influência para a adoção de conduta comercial uniforme e, alguns exemplos dessa prática são: tabelas de preços; orientações sobre concessões de descontos; orientações de reajuste de preços; entre outros. Em análise das declarações pública do Presidente da Sincopetro-SP e dos dados apresentados pela ANP, a SG-Cade entendeu que “o efeito da uniformização de preços no mercado de gasolina e diesel ocorreu”³⁵⁶. Destacou, contudo que, a existência desse efeito [uniformização dos preços] é “absolutamente prescindível, bastando para a configuração da conduta anticoncorrencial apenas que o efeito da prática seja possível”³⁵⁷. Observa-se, portanto, que a análise da SG-Cade considerou a prática como presumidamente ilícita.

A ProCade e o MPF-Cade, assim como a SG-Cade, trataram da conduta como ilícita pelo objeto. A ProCade afirmou que “a ilicitude da conduta recai sobre o próprio objeto, pois divulgação dessas informações tem a potencialidade, per se, de prejudicar a concorrência ou a livre iniciativa”³⁵⁸. Nesse sentido, concluiu que “[e]sse tipo de conduta é considerado uma infração pelo objeto, pois jamais geraria efeitos benéficos ao mercado, à livre concorrência ou à livre iniciativa”³⁵⁹.

Destaca-se que a ProCade, mencionou em seu parecer o documento final de *roundtable* da OCDE sobre a revelação unilateral de informações³⁶⁰. Esse documento da OCDE apresenta que algumas declarações públicas podem gerar efeitos positivos ao mercado e que, portanto, em determinadas circunstâncias a conduta deveria ser avaliada levando em consideração seus efeitos. Apesar de mencionar esse documento, observa-se que suas conclusões foram absolutamente contrárias.

O MPF-Cade, em linha com o parecer da ProCade, destacou que “a divulgação de orientações sobre estratégias comerciais por parte de um sindicato ou associação há uma presunção de efeitos negativos no mercado, bastando-se, portanto, comprovar a materialidade da conduta para a configuração do ilícito antitruste em foco”³⁶¹.

³⁵⁶ Parágrafo 127 da Nota Técnica n. 46/2018/CGAA6/SGA2/SG/CADE. PA n. 08700.009858/2015-49.

³⁵⁷ Parágrafo 127 da Nota Técnica n. 46/2018/CGAA6/SGA2/SG/CADE. PA n. 08700.009858/2015-49.

³⁵⁸ Parágrafo 49 do Parecer n. 16/2018/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. PA n. 08700.009858/2015-49.

³⁵⁹ Parágrafo 49 do Parecer n. 16/2018/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU. PA n. 08700.009858/2015-49.

³⁶⁰ OECD. Unilateral disclosure of information with anticompetitive effects. Paris, 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>> Acesso em: 1.12.2023.

³⁶¹ Parágrafo 17 do Parecer n. 23/2018/MBL/MPF/CADE. PA n. 08700.009858/2015-49.

Como é possível observar, a SG-Cade, ProCade e MPF-Cade trataram do caso da mesma forma que foram tratados os Casos UBA e Simpa-SP e, atualmente, como é tratado o Caso Sindicombustíveis-DF.

O Conselheiro Relator, ex-Conselheiro Paulo Burnier, todavia, mudou a metodologia de análise da conduta do Sincopetro-SP. Inicialmente, o Conselheiro enquadrou a conduta do sindicato como prática de revelação unilateral de informações e não como recomendação a concorrentes. Além disso, o Conselheiro Relator destacou que “[...] *a divulgação unilateral de informações pode gerar efeitos ambíguos sobre o bem-estar do consumidor, oscilando entre aspectos negativos ou positivos, a depender das circunstâncias específicas do caso concreto.*”³⁶²

Entendendo que a conduta de revelação unilateral de informações pode ter efeitos positivos, o Conselheiro Relator utilizou dos critérios propostos pela OCDE no documento final do *roundtable* para avaliar a conduta, sendo eles: (i) a natureza, (ii) o conteúdo e (iii) o contexto da divulgação da informação. A partir da avaliação desses fatores, o Conselheiro Relator divergiu das recomendações da SG-Cade, ProCade e MPF-Cade.

Na sua avaliação, o caso não poderia ser considerado uma recomendação aos concorrentes, tais como tabelas de preços, como sugeriram os órgãos pareceristas. Isso porque, primeiro, não houve propriamente um ato deliberado, da parte do presidente do Sindicato, direcionado a promover uma conduta comercial uniforme no mercado de revenda de combustíveis. O Conselheiro Relator destacou que a declaração pública do presidente do sindicato foi provocada por portais de notícias, após a Petrobras anunciar o aumento do preço nas refinarias. Segundo que, diferente dos outros precedentes do Cade, não houve a produção de um conteúdo por parte do Sindicato com teor anticompetitivo, como a emissão de um comunicado aos seus associados ou outro expediente do gênero.

Além disso, o Conselheiro Relator também discordou dos órgãos pareceristas sobre a conduta dispensar a investigação dos efeitos da declaração pública no mercado. Diante disso, passou a análise desses efeitos e concluiu que “*não há nos autos elementos probatórios, ainda que indiretos, a partir dos quais se poderia sustentar, de forma minimamente segura, que a conduta investigada tenha gerado efeitos econômicos negativos nos mercados de distribuição e de revenda de combustíveis no Estado de São Paulo.*”³⁶³ Assim, votou pelo arquivamento do

³⁶² Parágrafo 20 do Voto do Conselheiro Relator. PA n. 08700.009858/2015-49.

³⁶³ Parágrafo 72 do Voto do Conselheiro Relator. PA n. 08700.009858/2015-49.

processo, pela inexistência de materialidade de conduta capaz de prejudicar a livre-concorrência e pela inexistência de dano ou potencial dano relacionado à conduta prática.

Apesar de votar pelo arquivamento, o Conselheiro Relator chamou atenção que as declarações do Presidente do Sincope-SP, especificamente que orienta o repasse mediato dos aumentos dos custos do insumo aos consumidores, como imprudentes.

A ex-Conselheira Paula Azevedo também apresentou voto nesse caso, no mesmo sentido do Conselheiro Relator. Ressaltou que diferente do cartel e da conduta de tabelas de preços, a conduta de divulgação unilateral de informações pode gerar benefícios aos consumidores por meio do aumento de transparência. Assim, afirmou que *“essa prática não pode ser tratada como um ilícito por objeto e sua análise deve levar em conta as circunstâncias concretas de cada caso, em um regime de regra da razão”*³⁶⁴.

O caso foi arquivado por unanimidade do tribunal, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

4.5 As formas de análise do Cade: conclusões

Após analisar, em detalhe, as 10 investigações do Cade a primeira conclusão que se chega é que o Cade não possui uma metodologia de análise única para avaliar se eventuais declarações públicas configuram ou não uma prática anticompetitiva. Observou-se que os atos instrutórios realizados pelo Cade e a metodologia de análise variou, conforme as características das declarações públicas investigadas. Em detalhe, foi possível observar que o Cade verificou dois quesitos principais: (i) o contexto e a forma de divulgação da declaração e (ii) o seu estilo e conteúdo.

As declarações públicas que não geraram preocupações concorrências do Cade ou foram avaliadas pela regra da razão tinham as seguintes características: (i) decorreram de provocação de terceiros, ou seja, de perguntas de jornalistas ou mediadores de eventos; (ii) eram declarações do tipo “iii” que preveem/especulam sobre a conduta de empresas concorrentes ou do mercado em geral ou ainda declarações que trataram apenas da própria conduta, não mencionando a conduta de rivais ou do mercado.

As declarações públicas que foram tratadas pela autoridade antitruste como prática de recomendações a concorrentes e/ou como convite a cartelização e avaliadas como presumidamente ilícitas (i) eram declarações intencionais das partes, apresentadas por meio de

³⁶⁴ Parágrafo 13 do Voto da ex-Conselheira Paula Farani. PA n. 08700.009858/2015-49.

circulares, documentos ou divulgadas pela própria parte em seu site e (ii) eram declarações do tipo “ii”, ou seja, que recomendam como empresas concorrentes ou o mercado como um todo deve se comportar no futuro.

Por fim, destaca-se que o Caso Sindicombustíveis-DF é peculiar, em relação ao exposto acima. Isso, porque trata-se de declaração do tipo “iii” e que foi provocada por terceiros, vez que decorreu de entrevistas do Presidente do Sindicato à jornalistas, mas está sendo analisada, até o momento, como ilícita pelo objeto.

5. CONCLUSÃO

É possível concluir da experiência do Cade que de fato as palavras têm poder. Não apenas as trocadas em ambiente privado e de forma sigilosa entre as empresas. Mas também as ditas em público, por meio de entrevistas, eventos, ou as escritas em anuais amplamente divulgados. A autoridade antitruste, por sua vez, demonstrou que acredita no poder das palavras e que está atenta para os efeitos anticompetitivos que essas podem gerar ao mercado.

Nesta pesquisa foram identificados 10 casos em que o Cade investigou ou investiga declarações públicas como conduta anticompetitiva, seis foram arquivados e quatro ainda estão sob análise da autoridade antitruste brasileira. Dos 6 já encerrados, apenas 1 foi analisado pelo Tribunal do Cade, os outros resultaram em TCC ou foram arquivados ainda em PP. Os casos identificaram investigaram tanto empresas como entidades associativas e pessoas físicas.

Ao analisar em detalhe cada uma das investigações, concluiu-se que o Cade já analisou, ainda preliminarmente, as declarações públicas de empresas e entidades associativas de três formas distintas: (i) como “convite a cartelização”; (ii) como “recomendação aos concorrentes”; e (iii) como “revelação unilateral de informações”. Nos casos analisados como “convite a cartelização” e “recomendação aos concorrentes”, o Cade avaliou as declarações públicas como ilícitas pelo objeto, presumindo sua ilicitude. Nos casos avaliados como “revelação unilateral de informações”, o Cade entendeu que as declarações públicas poderiam ter efeitos pró-competitivos e as avaliou como ilícito por efeitos.

Além disso, foi possível observar atenção do Cade (i) ao contexto e a forma de divulgação da declaração e (ii) ao seu estilo e conteúdo.

Sobre o contexto e a forma de divulgação da declaração, observou-se que declarações públicas que decorreram de provocação de terceiros, ou seja, de perguntas de jornalistas ou mediadores de eventos, geraram menores riscos concorrenciais. Por outro lado, declarações

intencionais, apresentadas por meio de circulares, documentos ou divulgadas pela própria parte oferecem maiores riscos à concorrência.

Em relação ao estilo e ao conteúdo das declarações públicas, verificou-se que declarações do tipo “ii”, que recomendam como empresas concorrentes ou o mercado como um todo deve se comportar no futuro, são mais preocupantes que declarações do tipo “iii”, que preveem/especulam sobre a conduta de empresas concorrentes ou do mercado em geral. Além disso, observou que geraram menores preocupações declarações que tratam apenas da própria conduta, não mencionam a conduta de rivais ou do mercado e que tratam apenas da estratégia da própria empresa.

Diante do exposto, entende-se que a experiência do Cade ainda é incipiente e que este artigo representa o primeiro passo para discutir como essa conduta deve ser analisada pelas autoridades antitruste. O objetivo foi identificar apenas os contornos iniciais dados pela autoridade antitruste às declarações públicas com potenciais efeitos anticompetitivos, inclusive para oferecer subsídios para outras pesquisas criticarem eventuais métodos utilizados pelo Cade, bem como propor metodologias de análise novas ou complementares.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Lei n. 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dentre outras disposições. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2011.
- CADE. Processo Administrativo n. 08012.003623/2009-53. União Brasileira de Avicultura e outros.
- CADE. Processo Administrativo n. 08012.001772/2009-88. ABICAB - Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, Cacau, Amendoim e Derivados e outros.
- CADE. Processo Administrativo n. 08012.000069/2012-58. Sindicato do Comércio Varejista de Material de Escritório, Escolar e Papelaria do Estado de São Paulo e Região e outros.
- CADE. Processo Administrativo n. 08700.009858/2015-49. Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de São Paulo e outros.
- CADE. Processo Administrativo n. 08700.000416/2020-02. JBS S.A. e BRF S.A.
- CADE. Processo Administrativo n. 08700.005438/2021-31. Miriri Alimentos e Bioenergia S/A e outros.
- CADE. Processo Administrativo n. 08700.000899/2021-18. Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis e Lubrificantes do Distrito Federal e outros.

CADE. Procedimento Preparatório n. 08700.001819/2023-11. TAM Linhas Aéreas S.A.

CADE. Inquérito Administrativo n. 08700.003498/2023-81. Telefônica Brasil S.A. e outros.

CADE. Procedimento Preparatório n. 08700.008524/2023-68. Claro S.A.

HARRINGTON JR., Joseph E. Collusion in Plain Sight: firm's use of public announcements to restrain competition. *Antitrust Law Journal*, Chicago; v. 84, n. 2, Jun. 2022. Disponível em: <<https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/alj22.pdf?103460/d3ded543799c5510bd1383b6732c1a851cdd154ae7e9779c2b54f98b9f155ff2>>. Acesso em: 1.12.2023.

OECD. Unilateral disclosure of information with anticompetitive effects. Paris, 2012.

Disponível em:

<<https://www.oecd.org/daf/competition/Unilateraldisclosureofinformation2012.pdf>> Acesso em: 29 ago. 2023

9. ANÁLISE DO CONCEITO DE ATIVO PARA FINS DE ANÁLISE DE ATO DE CONCENTRAÇÃO PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E O SEU IMPACTO NO MERCADO DE TRANSFERÊNCIAS DO FUTEBOL

10. ANALYSIS OF THE ASSET CONCEPT FOR THE PURPOSES OF ANALYSIS OF THE CONCENTRATION ACT BY THE ADMINISTRATIVE COUNCIL OF ECONOMIC DEFENSE AND ITS IMPACT ON THE FOOTBALL TRANSFER MARKET

*Carlos Henrique Sousa Dias
Ronan Rodrigo dos Santos*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução do tratamento do futebol como atividade empresarial. 2.1. Estrutura associativa. 2.2. Clubes-empresa. 2.3. Sociedade anônima de futebol. 3. Análise da jurisprudência do CADE sobre o conceito de ativo para fins de análise do ato de concentração. 4. O mercado de futebol e o impacto do *headhunting* na concorrência entre as equipes. 5. Conclusão

RESUMO: Este artigo buscou investigar a interseção entre o mercado de futebol brasileiro e as regulamentações antitruste, com ênfase na estratégia do "*headhunting*" adotada pelos clubes para recrutar talentos. Ao analisar a evolução do tratamento do futebol como atividade empresarial, observamos a resistência dos clubes em abandonar o modelo associativo, destacando a recente criação da Sociedade Anônima do Futebol (SAF) como um avanço significativo. A seção sobre a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) destaca a necessidade de adaptação das leis antitruste às particularidades do mercado esportivo. A analogia entre as transações empresariais tradicionais e as transferências de jogadores ressalta a importância de uma abordagem sensível e dinâmica na aplicação das regulamentações. Ao explorar o impacto do "*headhunting*" na concorrência entre as equipes, destacamos a relevância estratégica dessa prática para a construção de times competitivos. A conclusão sublinha os desafios de equilibrar a busca pela excelência esportiva com a preservação da equidade entre os clubes, apontando para a necessidade de uma regulamentação contínua e colaborativa para sustentar a competitividade do futebol brasileiro globalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa da concorrência; Notificação de atos de concentração; Futebol; Sociedade Anônima de Futebol

ABSTRACT: This article aimed to investigate the intersection between the Brazilian football market and antitrust regulations, with a focus on the "*headhunting*" strategy adopted by clubs to recruit talent. By analyzing the evolution of football as a business activity, we observed clubs' resistance to abandoning the associative model, highlighting the recent creation of the Football Anonymous Society (SAF) as a significant advancement. The section on the jurisprudence of the Administrative Council for Economic Defense (CADE) emphasizes the need to adapt antitrust laws to the specificities of the sports market. The analogy between traditional business transactions and player transfers underscores the importance of a sensitive and dynamic approach in applying regulations. In exploring the impact of "*headhunting*" on competition

between teams, we underscore the strategic relevance of this practice in building competitive squads. The conclusion emphasizes the challenges of balancing the pursuit of sporting excellence with preserving equity among clubs, pointing to the need for continuous and collaborative regulation to sustain the global competitiveness of Brazilian football.

KEYWORDS: Competition defense; Merger case notification; Football; *Sociedade Anônima de Futebol*

1. INTRODUÇÃO

O futebol, indubitavelmente, figura como o esporte de maior proeminência no cenário esportivo brasileiro. Apesar de movimentar expressiva cifra de 52,9 bilhões de reais³⁶⁵ – equivalente a 0,72% do Produto Interno Bruto nacional – é notável que esta modalidade esportiva ainda seja predominantemente gerida por entidades de natureza não empresarial, destacando-se as associações. Esta peculiaridade do mercado futebolístico nacional tem sido apontada por analistas especializados³⁶⁶ como um fator determinante na diminuição da relevância global do Brasil no âmbito esportivo.

A ausência de transparência na gestão dos clubes, em virtude da carência de normas claras sobre governança para as associações no ordenamento jurídico nacional, emergiu como um elemento que repeliu potenciais investidores no contexto brasileiro. Em um cenário no qual a prestação de contas periódicas é essencial para aqueles que alocam recursos em determinado ativo, a falta de transparência nos processos de gestão dos clubes de futebol torna-se um obstáculo significativo à atração de investimentos.

O modelo associativo, concebido nos primórdios do século XX, visava fomentar a prática desportiva, sem uma finalidade direta de lucro. Contudo, ao longo do século passado, o futebol transformou-se em uma das maiores, se não a maior forma de entretenimento do mundo. Ilustrativamente, segundo dados fornecidos pela Fifa, a audiência da final da Copa do Mundo de 2022 chegou a 1,5 bilhão³⁶⁷ de espectadores.

³⁶⁵ Futebol de bilhões: quanto o mercado da bola movimenta por ano no Brasil. Disponível em: [https://ne45.com.br/2022/11/17/futebol-de-bilhoes-quanto-o-mercado-da-bola-movimenta-por-ano-no-brasil/#:~:text=Um%20estudo%20realizado%20pela%20Confedera%C3%A7%C3%A3o,Produto%20Interno%20Bruto%20\(PIB\)](https://ne45.com.br/2022/11/17/futebol-de-bilhoes-quanto-o-mercado-da-bola-movimenta-por-ano-no-brasil/#:~:text=Um%20estudo%20realizado%20pela%20Confedera%C3%A7%C3%A3o,Produto%20Interno%20Bruto%20(PIB).). Acesso em 08 dez 2023.

³⁶⁶ Os (possíveis) motivos pela queda de rendimento do futebol brasileiro. Disponível em: <https://universidadedofutebol.com.br/2012/12/30/os-possiveis-motivos-pela-queda-de-rendimento-do-futebol-brasileiro/>. Acesso em 08 dez 2023.

³⁶⁷ Fifa divulga que 1,5 bilhão de pessoas ao redor do mundo assistiram a final da Copa do Mundo; veja dados. Disponível em: https://www.espn.com.br/futebol/copa-do-mundo/artigo/_id/11497424/fifa-divulga-1-5-bilhao-pessoas-redor-do-mundo-assistiram-final-copa-do-mundo. Acesso em 08 dez 2023.

Além da esfera competitiva nos campos, o futebol transcende suas próprias fronteiras esportivas, sendo utilizado por nações com históricos questionáveis em relação aos direitos humanos, como a Arábia Saudita, como uma ferramenta para reconfigurar suas imagens perante a comunidade internacional. Esta prática, conhecida como *sportswashing*, numa junção de *sports* (esportes) e *washing* (lavagem), é uma forma de “limpar o nome” do país perante a comunidade internacional³⁶⁸. Esses atores vêm deslocando o eixo das grandes ligas mais para o Oriente Médio, fato simbolizado pelas transferências de Neymar³⁶⁹ e de Cristiano Ronaldo³⁷⁰ para o futebol saudita.

No Brasil, a título de exemplo recente, a vinda de jogadores como o brasileiro Marcelo (para o Fluminense), o uruguaio Luís Suárez (para o Grêmio) e o colombiano James Rodríguez (para o São Paulo)³⁷¹ prometiam trazer grande volume de público e de capitais para os times, dada a fama dos citados atletas.

Desse contexto emergem questionamentos relevantes que demandam análise aprofundada: as atividades de prospecção de atletas que estejam jogando em clubes com contratos vigentes (*headhunting*) é relevante para fins de análise pelo CADE? Como a jurisprudência dessa autarquia concebe a categoria de ativo para fins de análise do ato de concentração? O presente artigo busca responder a tais indagações.

Para alcançar tal desiderato, procederemos, primeiramente, a uma análise minuciosa do tratamento dispensado ao futebol pelo ordenamento jurídico brasileiro, desde suas raízes associativas até o advento da sociedade anônima no contexto futebolístico. Posteriormente, empreenderemos uma análise da jurisprudência do CADE sobre o conceito de ativo para fins de análise do ato de concentração. Por derradeiro, discorreremos sobre o mercado de futebol e o impacto do *headhunting* na concorrência entre as equipes.

³⁶⁸ Há vários termos que remetem à mesma ideia como *greenwashing* (o apoio falso à causa ambiental para impulsionar as vendas), *pinkwashing* (suposto apoio à causa LGBTQUIA+), etc. Ver Skey, Michael. *Sportswashing: Media headline or analytic concept?* *International Review for the Sociology of Sport*, Volume 58, Issue 5, August 2023, Pages 749-764.

³⁶⁹ PSG acerta venda de Neymar para o Al Hilal por mais de R\$483 milhões; veja detalhes. Disponível em: https://www.espn.com.br/futebol/psg/artigo/_/id/12440928/psg-acerta-venda-neymar-al-hilal-oferta-mais-de-483-milhoes. Acesso em 08 dez 2023.

³⁷⁰ Cristiano Ronaldo assina com clube saudita Al-Nassr até 2025. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/ultimas-noticias/afp/2022/12/30/cristiano-ronaldo-acerta-transferencia-para-clube-saudita-al-nassr-ate-2025-htjrfalaam.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 08 dez 2023.

³⁷¹ As contratações dos times brasileiros da Série A para 2023. Disponível em: <https://www.goal.com/br/listas/as-contratacoes-dos-times-brasileiros-da-serie-a-para-2023/blt876b20f1f49d8fb4>. Acesso em 10 dez 2023.

A metodologia empregada para a confecção do presente artigo será hipotético-dedutiva, baseada na revisão de literatura publicada em sítios eletrônicos e em revistas especializadas, bem como no exame das decisões do CADE.

2. EVOLUÇÃO DO TRATAMENTO DO FUTEBOL COMO ATIVIDADE EMPRESARIAL

Este capítulo visa explorar a transição dos clubes de futebol no Brasil do tradicional modelo associativo para a inovadora sociedade anônima do futebol (SAF), analisando as razões por trás dessa mudança e as implicações que ela acarreta.

Inicialmente, traçaremos um panorama histórico, destacando a origem do modelo associativo, concebido para promover não apenas a prática desportiva, mas também o convívio entre os associados. A evolução do futebol no país será revisitada, desde suas raízes amadoras até a profissionalização dos jogadores e o surgimento das categorias de base.

Exploraremos os motivos que levaram os clubes ao redor do mundo a abandonarem o modelo associativo, concentrando-nos nas limitações de governança impostas por sua natureza não econômica. No contexto brasileiro, abordaremos a resistência à mudança, os benefícios fiscais, a ausência de aportes dos associados e a resistência à falência como fatores que mantiveram os clubes nesse modelo. Adentraremos então no conceito de clube-empresa, examinando sua implementação no Brasil.

Por fim, analisaremos a Lei nº 14.193/2021 como um marco importante para a renovação da governança no futebol brasileiro, inserindo-o no contexto empresarial com oferta de ações em bolsa, fusões e aquisições, além de sua submissão ao regime de proteção à concorrência. A complexa interação entre as transações envolvendo jogadores e as legislações de fair play financeiro será considerada, encerrando este capítulo com uma reflexão sobre o futuro do futebol brasileiro neste novo paradigma organizacional.

2.1. Estrutura associativa

A maioria dos clubes de futebol no Brasil adota predominantemente o modelo associativo em sua organização. Este modelo, concebido com o propósito de fomentar a prática desportiva, originalmente delineava os clubes como espaços nos quais os associados se reuniam para promover o convívio entre si.

Pode-se verificar esse fato, por exemplo, na fundação de clubes como o Palmeiras (antigo Palestra Itália), cuja base de torcedores era inicialmente formada por imigrantes e

descendentes de imigrantes italianos³⁷². Outras agremiações (como o São Paulo Futebol Clube)³⁷³ foram originadas de clubes compostos de sócios de alta sociedade, uma vez que o futebol chegou ao Brasil por meio das elites que mantinham contato com a Inglaterra³⁷⁴.

Aliás, no início da história do futebol no País, não havia remuneração nem locais próprios para a prática. As partidas se realizavam em terrenos cedidos por grandes industriais. Era um entretenimento, que veio a substituir o críquete, esporte praticado pelos britânicos residentes em São Paulo anteriormente.

Fato notório dessa visão lúdica era a situação das delegações que se candidataram a disputar a primeira edição da Copa do Mundo em 1930. Tchecoslováquia, Alemanha, Itália, Áustria, Hungria, Espanha e Suíça “desistiram de forma definitiva, alegando que seus jogadores eram amadores e não poderiam ausentar-se de seus empregos por mais de trinta dias”.³⁷⁵

Entretanto, ao longo do tempo, os jogadores desses clubes passaram a dedicar-se apenas à prática desportiva. Os clubes formaram ligas e passaram a investir na formação de novos quadros mediante as famosas categorias de base. À medida que as receitas cresciam e o futebol tornava-se um mercado lucrativo, o modelo associativo passou a ser abandonado ao redor do mundo.³⁷⁶³⁷⁷

Isso porque as associações, diferentemente das sociedades empresárias (seja LTDA ou S/A) possuem um regime legal carente de regras a respeito de governança. O Código Civil, por exemplo, trata apenas da redação do estatuto (art. 54), do status do associado (arts. 55 e 56), da

³⁷² Disponível em: <https://www.palmeiras.com.br/linha-do-tempo/1914-1920-fundacao-do-palestra-italia-e-primeiro-titulo/>. Acesso em 08 dez 2023.

³⁷³ São Paulo Futebol Clube: 92 anos. Disponível em: <http://www.saopaulofc.net/noticias/noticias/historia/2022/1/25/sao-paulo-futebol-clube-92-anos>. Acesso em 08 dez 2023.

³⁷⁴ Introdução do futebol no Brasil. Disponível em: https://www.arquivoestado.sp.gov.br/exposicao_futebol/introducao_futebol_brasil.php#:~:text=A%20primeira%20partida%20de%20futebol,The%20S%C3%A3o%20Paulo%20Railway%20Company.. Acesso em 08 dez 2023.

³⁷⁵ O Brasil na primeira Copa do Mundo de futebol. Disponível em: <https://www.cbf.com.br/selecao-brasileira/torcedor/jogos-inesqueciveis/o-brasil-na-primeira-copa-do-mundo>. Acesso em 08 dez 2023.

³⁷⁶ Segundo estudo da Ernst & Young, que analisou clubes que compõem as cinco principais ligas do futebol europeu (Alemanha, França, Espanha, Inglaterra e Itália), das equipes que estão na primeira divisão, 92% são empresas e, na segunda, o percentual é de 96%” (ERNST & YOUNG. Estudo da EY traz panorama da gestão dos clubes europeus quanto à transformação em clube-empresa e analisa perspectivas para o Brasil. Disponível em: https://www.ey.com/pt_br/news/2021-press-releases/01/estudo-da-ey-traz-panorama-da-gestao-dos-clubes-europeus. Acesso em 10 dez 2023).

³⁷⁷ Dois exemplos de direito comparado podem ser trazidos à colação: Portugal, que implementou a Sociedade Anônima Desportiva por meio do Decreto-Lei nº 10/2013; e a Espanha que criou a Sociedad Anónima Deportiva (SAD-Espanha) – SACRAMENTO, Heber Gomes do. Tributação dos clubes de futebol: a sociedade anônima do futebol. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 101-106.

exclusão do associado (art. 57), do exercício de certas funções (art. 58), competências da assembleia-geral (art. 59) e dissolução (arts. 60 e 61).

A ausência não resultou de um descuido do legislador, mas é reflexo do caráter não econômico das associações, enunciado no começo do capítulo a elas destinado pelo CC³⁷⁸. Haverá prestação de contas nas associações, mas elas, ao menos em tese, não teriam por escopo movimentar grandes somas de dinheiro.

O seu objetivo é a congregação entre pessoas que partilhem dos mesmos ideais. Tanto é assim que a Constituição Federal, em seu art. 5º, XX consagra o direito de livre associação, ao dizer que “ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”.³⁷⁹

Contudo, visto que os clubes ao redor do mundo se afastaram do modelo associativo, por que os clubes brasileiros ainda permanecem nele? Uma primeira resposta é o custo tributário, pois muitas leis municipais isentam as associações do pagamento do Imposto sobre Serviços³⁸⁰. Ademais, o modelo associativo não exige que os associados façam aportes, o que ocorre no âmbito das sociedades empresárias. Por fim, a não sujeição à falência permite que os clubes se mantenham vivos, ainda que o estado das suas contas não seja dos melhores.³⁸¹

A situação dos clubes como associações, ao mesmo tempo que os livra de um fechamento em definitivo, torna difícil para eles equalizarem as finanças dada a ausência de perspectiva de retorno para os investidores. A migração para o modelo empresarial seria um aceno, ainda que tímido, para os grandes capitalistas.

2.2. Clubes-empresa

Os conceitos de clube-empresa e de sociedade anônima do futebol confundem-se, embora não se identifiquem. O primeiro é o clube que está organizado como sociedade

³⁷⁸ Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

³⁷⁹ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 dez 2023.

³⁸⁰ A matéria está em discussão, por exemplo, no Judiciário Paulista, onde Corinthians, Palmeiras e São Paulo buscam afastar dívidas de ISS que ultrapassam 2 bilhões de reais. A cobrança começou em 2015, pois a lei do município paulistano que isentava os clubes do imposto sobre serviços fora revogada. O TJSP afastou uma parte dos tributos, enquanto manteve outras, mas as decisões foram, em geral, favoráveis aos clubes. Ver Clubes de futebol conseguem na justiça afastar cobrança de ISS. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/clubes-de-futebol-conseguem-na-justica-afastar-cobranca-de-iss/>. Acesso em 08 dez 2023.

³⁸¹ COSTA, Fernando Nogueira da. Economia do Futebol. Unicamp. IE, Campinas, n. 452, junho 2023.

empresária (seja ela uma LTDA, S/A ou SAF)³⁸². A última é “a companhia cuja atividade principal consiste na prática do futebol, feminino e masculino, em competição profissional, sujeita às regras específicas desta Lei e, subsidiariamente, às disposições da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e da Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998 (art. 1º da Lei nº 14.193/2021).

Antes do advento da Lei da SAF, a Lei nº 8.672/1993, conhecida como Lei Zico, facultava aos clubes a transformação em sociedades comerciais³⁸³ (assim chamadas à época as sociedades empresárias, visto que ainda estava em vigor a parte referente ao comércio terrestre do Código Comercial). A legislação foi mal recebida e, poucos anos depois, revogada pela Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé).

A Lei Pelé passou a permitir aos clubes transformarem-se em sociedades empresárias dando-lhes um período de 2 anos de adaptação. A Lei nº 9.940/1999 aumentou o prazo para 3 anos. Por fim, a Lei nº 9.981/2000 apenas facultou aos clubes a transformação em sociedades empresárias.³⁸⁴

As sucessivas revogações evidenciam a pouca aderência que o clube-empresa teve no Brasil. Era letra morta, dado que os dirigentes não estavam dispostos a adotá-lo na gestão dos clubes. Seguindo a “lei do morcego inteligente”, eles usavam o clube como ferramenta de promoção pessoal, tomando a cautela de não o exaurir, em ordem a criar um sistema de perpetuação.³⁸⁵

³⁸² HERMOSILLA, Paulo Henrique Garcia . Sociedade Anônima do Futebol. Revista de Direito da ADVOCEF, [S. l.], v. 19, n. 34, p. 15–38, 2023. Disponível em: <https://revista.advocef.org.br/index.php/2021/article/view/263>. Acesso em: 10 dez. 2023.

³⁸³ Art. 11. É facultado às entidades de prática e às entidades federais de administração de modalidade profissional, manter a gestão de suas atividades sob a responsabilidade de sociedade com fins lucrativos, desde que adotada uma das seguintes formas:

I - transformar-se em sociedade comercial com finalidade desportiva;

II - constituir sociedade comercial com finalidade desportiva, controlando a maioria de seu capital com direito a voto;

III - contratar sociedade comercial para gerir suas atividades desportivas.

Parágrafo único. As entidades a que se refere este artigo não poderão utilizar seus bens patrimoniais, desportivos ou sociais para integralizar sua parcela de capital ou oferecê-los como garantia, salvo com a concordância da maioria absoluta na assembleia geral dos associados e na conformidade dos respectivos estatutos.

³⁸⁴ UMBELINO et al. Disclosure em Clubes de Futebol: Estudo sobre os Reflexos da Lei do PROFUT. Revista Evidenciação Contábil & Finanças, ISSN-e 2318-1001, Vol. 7, Nº. 1 (jan./abr.), 2019, págs. 112-132.

³⁸⁵ “Segundo a “lei do morcego inteligente” os morcegos prudentes sabem a exata quantidade de sangue que podem sugar de um boi a cada dia. Esse volume seria o máximo suficiente para suprir suas necessidades de alimentação e o mínimo possível para que o boi possa recompô-la até a sugada seguinte. Morcegos gulosos, segundo a lei, sugam sangue demais, matam o boi de fraqueza e acabam morrendo depois de inanição” (ABRAHAM, Marcus. Governança fiscal e sustentabilidade financeira: os reflexos do Pacto Orçamental Europeu em Portugal como exemplos para o Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2019).

Houve dois exemplos de clubes constituídos como sociedades empresárias no Brasil no período 1993-2021: o Red Bull Bragantino³⁸⁶ e o Cuiabá³⁸⁷. As razões para a escassez de clubes constituídos na forma empresarial já foram explicadas na seção anterior. Não havia incentivos reais ao abandono do modelo associativo, sobretudo quando se leva o domínio dos cartolas³⁸⁸, que se apropriam dos clubes para satisfazer interesses próprios.

Esses atores se opuseram ao modelo de clube-empresarial, utilizando argumentos de caráter casuístico, tais como “o futebol brasileiro é diferente”, “os torcedores não irão aceitar a entrada do investidor”, entre outros³⁸⁹. Certamente, o fato de ter dado certo em outros locais não garante o sucesso do clube-empresa. Entretanto, dado o seu êxito em vários países³⁹⁰, a transição para um novo modelo se mostrava necessária, dado o estado financeiro dos clubes no Brasil.

Nesse sentido, a Lei nº 13.155/2016 criou o Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro - PROFUT. A legislação condicionou a adesão a esse programa de parcelamento de débitos dos clubes para com a Fazenda Nacional à adoção de uma série de medidas tais como: regularidade das obrigações trabalhistas e tributárias federais correntes (art. 4º, I); fixação do período do mandato de seu presidente ou dirigente máximo e demais cargos eletivos em até quatro anos, permitida uma única recondução (art. 4º, II); comprovação da existência e autonomia do seu conselho fiscal (art. 4º, III); publicação das demonstrações contábeis padronizadas, separadamente, por atividade econômica e por modalidade esportiva, de modo distinto das atividades recreativas e sociais, após terem sido submetidas a auditoria independente (art. 4º, VI); etc.

A iniciativa foi um passo para a renovação da governança no âmbito do futebol. A Lei do PROFUT continha até mesmo regras que proibiam os times que não comprovassem a sua regularidade tributária e trabalhista de participar de competições esportivas, culminando a eles

³⁸⁶ Red Bull Bragantino, o clube-empresa que é modelo de sucesso em meio ao “novo normal”. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/red-bull-bragantino-o-clube-empresa-que-e-modelo-de-sucesso-em-meio-ao-novo-normal/>. Acesso em 08 dez 2023.

³⁸⁷ Cuiabá é o primeiro clube da série A a se transformar em SAF. Disponível em: <http://cuiabaesporteclubes.com.br/cuiaba-e-o-primeiro-clubes-da-serie-a-a-se-transformar-em-saf/>. Acesso 09 dez 2023.

³⁸⁸ Segundo o *Aulete*, cartola é “o dirigente de clube ou entidade esportiva, esp. de futebol”. Disponível em: <https://www.aulete.com.br/cartola#:~:text=Bras.,Pop.,esportiva%2C%20esp.%20de%20futebol>. Acesso em 10 dez 2023

³⁸⁹ CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Sunderland, o futebol brasileiro, a SAF e o problema do cartolismo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/meio-de-campo/365189/sunderland-o-futebol-brasileiro-a-saf-e-o-problema-do-cartolismo>. Acesso em 9 dez 2023.

³⁹⁰ Modelos de gestão no futebol pelo mundo. Disponível em: <https://www.gestaodesportiva.com.br/entidades-desportivas/modelos-de-gestao-no-futebol-pelo-mundo>. Acesso em 09 dez 2023.

a sanção de rebaixamento. Ocorre que esses dispositivos foram declarados inconstitucionais pelo STF, uma vez que se tratava de sanção política em matéria tributária.³⁹¹

Sucedede que a adesão ao PROFUT não surtiu o resultado pretendido, pois os clubes continuaram apresentando problemas na sua gestão³⁹². Na prática, significou somente uma ajuda governamental para que os clubes não viessem a colapsar. Era o que lhes restava, haja vista a vedação (até o advento da Lei da SAF) ao pedido de recuperação judicial por eles.

2.3. Estrutura associativa Clubes-empresa

A sociedade anônima do futebol resultou da aprovação do PL n° 5.516/2019, projeto de lei apresentado pelo senador Rodrigo Pacheco, e provado na forma de um substitutivo do senador Carlos Portinho. O projeto foi desenhado para remover os obstáculos à transição dos clubes de associações para sociedades empresárias.

A faculdade, prevista pela Lei Zico e pela Lei Pelé, foi inserida no Código Civil, como parágrafo único do art. 971, que trata do produtor rural³⁹³. Outro ponto importante foi a

³⁹¹ Ementa: CONSTITUCIONAL. AUTONOMIA DAS ENTIDADES DESPORTIVAS. LEI 13.155/2015. PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE FISCAL DO FUTEBOL BRASILEIRO – PROFUT. Atuação legítima do legislador visando à probidade e à transparência da gestão democrática e participativa do desporto. Constitucionalidade. Impossibilidade de exigência de regularidade fiscal como requisito técnico para habilitação em competições. Sanção política. Inconstitucionalidade. Procedência parcial. 1. As condições impostas pela Lei 13.155/2015 para a adesão e manutenção de clubes e entidades desportivas no Programa de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro, PROFUT, mostram-se necessárias e adequadas para a melhoria da gestão responsável e profissional dessas entidades, afirmada a relevância e o interesse social do futebol e de outras práticas desportivas como patrimônio público cultural (art. 216 da CF). 2. Não bastasse o caráter voluntário da adesão, as exigências estabelecidas no PROFUT atenderam ao princípio da razoabilidade, uma vez que respeitadas as necessárias proporcionalidade, justiça e adequação entre os dispositivos impugnados e as normas constitucionais protetivas da autonomia desportiva, preservando-se a constitucionalidade das normas, pois a atuação do legislador visando à probidade e à transparência da gestão do desporto foi legítima, estando presentes a racionalidade, prudência, proporção e a não arbitrariedade. 3. O artigo 40 da norma impugnada, na parte em que altera o art. 10, §§ 1º, 3º e 5º da Lei 10.671/2003, ao impor o atendimento de critérios de âmbito exclusivamente fiscal ou trabalhista para garantir a habilitação nos campeonatos, independentemente da adesão das entidades desportivas profissionais ao PROFUT, podendo acarretar o rebaixamento de divisão dos clubes que não cumprirem tais requisitos, caracteriza meio indireto e coercitivo de cobrança de tributos e outras obrigações (“sanção política”), pelo que é inconstitucional. 4. Medida Cautelar confirmada e Ação Direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 40 da Lei 13.155/2015, na parte em que altera o art. 10, §§ 1º, 3º e 5º, da Lei 10.671/2003. (ADI 5450, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 15-04-2020 PUBLIC 16-04-2020) (grifo nosso)

³⁹² UMBELINO et al. Disclosure em Clubes de Futebol: Estudo sobre os Reflexos da Lei do PROFUT. Revista Evidenciação Contábil & Finanças, ISSN-e 2318-1001, Vol. 7, N° 1 (jan./abr.), 2019, págs. 112-132.

³⁹³ Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo à associação que desenvolva atividade futebolística em caráter habitual e profissional, caso em que, com a inscrição, será considerada empresária, para todos os efeitos. (Incluído pela Lei nº 14.193, de 2021)

permissão expressa ao pedido de recuperação judicial pelos clubes, ainda que sob o modelo associativo (art. 13, II). Outra possibilidade de superação da crise empresarial é o Regime Centralizado de Execuções (RCE) – previsto no art. 13, I.

A SAF pode resultar de uma transformação do clube ou pessoa jurídica original em Sociedade Anônima do Futebol (art. 2º, I); de uma cisão do departamento de futebol do clube ou pessoa jurídica original e transferência do seu patrimônio relacionado à atividade futebol (art. 2º, II); ou pela iniciativa de pessoa natural ou jurídica ou de fundo de investimento (art. 2º, III).

Uma novidade que merece destaque é a não sucessão da SAF em débitos do clube ou pessoa jurídica original, salvo aqueles diretamente relacionados ao seu objeto (art. 9º, caput)³⁹⁴. O objetivo desse dispositivo é fazer com que as SAFs não comecem já endividadas. Elas deverão servir como fontes de receita, por meio das quais os acionistas (as associações que cindiram seu departamento de futebol) pagarão as dívidas.

Os aspectos de governança trazidos pela lei também são inéditos. Há a proibição para o controlador de uma SAF de participar de outra (art. 4º, caput). Aquele que possua percentual acima de 10% porém sem o controle de uma SAF e participa de outra não terá direito de voto nem de voz nas assembleias-gerais, posto possa participar da administração (art. 4º, parágrafo único).

A obrigatoriedade da existência e do funcionamento permanente do conselho de administração e do conselho fiscal (art. 5º, caput) são mecanismos que visam fomentar a transparência, elemento indispensável na busca por investimento externo. O art. 5º, §1º estabelece critérios para ser membro do conselho de administração, conselho fiscal e diretoria.³⁹⁵

³⁹⁴ Art. 9º A Sociedade Anônima do Futebol não responde pelas obrigações do clube ou pessoa jurídica original que a constituiu, anteriores ou posteriores à data de sua constituição, exceto quanto às atividades específicas do seu objeto social, e responde pelas obrigações que lhe forem transferidas conforme disposto no § 2º do art. 2º desta Lei, cujo pagamento aos credores se limitará à forma estabelecida no art. 10 desta Lei.

³⁹⁵ Art. 5º, § 1º Não poderá ser integrante do conselho de administração, conselho fiscal ou diretoria da Sociedade Anônima do Futebol:

I - membro de qualquer órgão de administração, deliberação ou fiscalização, bem como de órgão executivo, de outra Sociedade Anônima do Futebol;

II - membro de qualquer órgão de administração, deliberação ou fiscalização, bem como de órgão executivo, de clube ou pessoa jurídica original, salvo daquele que deu origem ou constituiu a Sociedade Anônima do Futebol;

III - membro de órgão de administração, deliberação ou fiscalização, bem como de órgão executivo, de entidade de administração;

IV - atleta profissional de futebol com contrato de trabalho desportivo vigente;

V - treinador de futebol em atividade com contrato celebrado com clube, pessoa jurídica original ou Sociedade Anônima do Futebol; e

VI - árbitro de futebol em atividade.

Coibiu-se a eleição para os órgãos referidos de “empregado ou membro de qualquer órgão, eletivo ou não, de administração, deliberação ou fiscalização do clube ou pessoa jurídica original enquanto esse for acionista da respectiva Sociedade Anônima do Futebol” (art. 5ª, §4º). A medida tem o intuito evidente de evitar a perpetuação da cultura dos cartolas, na medida em que favorece a eleição de conselheiros e diretores independentes.

A obrigatoriedade da publicação de demonstrações financeiras também é um ponto de destaque (art.7º), já que a Lei da SAF permitiu que as sociedades com receita bruta anual de até R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) pudessem realizar todas as publicações obrigatórias por lei de forma eletrônica, incluídas as convocações, atas e demonstrações financeiras, devendo mantê-las, no próprio sítio eletrônico, durante o prazo de 10 (dez) anos.

A Lei nº 14.193/2021 representa importante passo para que o futebol brasileiro volte a ter relevância. Por outro lado, também o insere dentro da dinâmica do mundo empresarial com oferta de ações em bolsa, fusões e aquisições e, o ponto objeto deste artigo, a submissão ao regime de proteção à concorrência.

Feita essa breve contextualização histórica, cabe a pergunta: os jogadores, dada a sua relevância para o sucesso de qualquer equipe, enquadrar-se-iam como ativos para fins de análise de atos de concentração? Por certo, a ida de vários atletas para um mesmo clube não implica o sucesso dele na temporada tendo em vista o fato de imprevisibilidade do esporte.

Todavia, o impacto no valor dos direitos de transmissão ou dos direitos de imagem, bem como das potenciais ofertas de patrocínio tornam relevante o exame da matéria à luz de decisões anteriores do CADE, bem como da legislação de *fair play* financeiro existente na Europa, que segue modelo semelhante ao brasileiro. Essas matérias serão objeto dos próximos tópicos.

3. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE SOBRE O CONCEITO DE ATIVO PARA FINS DE ANÁLISE DO ATO DE CONCENTRAÇÃO

A Lei nº 12.529/2011, a conhecida Lei de Defesa da Concorrência, traça as fronteiras dentro das quais operações e acordos precisam passar pelo crivo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) antes de se concretizarem. Além dos parâmetros vinculados ao faturamento das partes envolvidas e seus conglomerados econômicos, a legislação estabelece quais transações jurídicas se enquadram na categoria dos chamados "atos de concentração econômica".

A maioria das transações que passam pelo escrutínio do CADE se encaixa nas disposições do artigo 90, inciso II, da Lei de Defesa da Concorrência. Este dispositivo identifica um ato de concentração quando "uma ou mais empresas adquirirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas". Trata-se, na prática, de um comando intencionalmente amplo, desenhado para abranger diversas estruturas econômicas e jurídicas relacionadas à aquisição, total ou parcial, de uma empresa.

Diante da ausência de uma definição clara através da resolução sobre esse tema, a jurisprudência do CADE tornou-se a única fonte de orientação para os interessados quando surgem dúvidas sobre a necessidade de notificar uma aquisição de ativos para análise antitruste. Ao longo dos anos, o CADE analisou várias transações envolvendo exclusivamente a aquisição de ativos. Embora muitos desses casos tenham sido considerados atos de concentração e analisados superficialmente devido à falta de preocupações concorrenciais, em alguns deles a autoridade apresentou considerações mais substanciais sobre as situações em que as aquisições de ativos se tornaram relevantes para o controle prévio de estruturas do CADE.

Num dos primeiros casos em que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica trouxe à tona essa discussão, ocorreu durante uma transação que envolvia a aquisição de um imóvel pela Companhia Brasileira de Distribuição. Na ocasião, a Procuradoria do Cade (ProCade)³⁹⁶ sugeriu que a aquisição de ativos (no caso, imóveis destinados à implementação de novas unidades produtivas do grupo) poderia ser interpretada como um mecanismo de "crescimento orgânico", sem impacto na concorrência.

Contudo, ao longo dos anos seguintes, a jurisprudência evoluiu para considerar que o efeito dos ativos na capacidade produtiva do comprador desempenha um papel crucial na identificação de aquisições sujeitas à notificação ao Cade. Nesse sentido, enquanto a aquisição de ativos não relacionados às atividades da adquirente não seria considerada um ato de concentração, a aquisição de ativos capazes de aumentar a capacidade produtiva do adquirente deveria ser comunicada ao Cade.

A título de exemplo do primeiro grupo de casos, uma decisão significativa ocorreu na operação entre as empresas farmacêuticas Biomm e Novartis em 2016, envolvendo a aquisição de um ativo imobiliário sem destinação específica. Nesse caso, a SG/Cade determinou que o

³⁹⁶ AC n° 08012.009064/2009-95. APL/Companhia Brasileira de Distribuição. Parecer da ProCade. 03.02.2010.

imóvel não podia ser considerado um ativo essencial às atividades econômicas da adquirente, tanto por ser não operacional quanto por não ter uma destinação específica³⁹⁷. Isso se deveu ao fato de que o ativo exigiria investimentos específicos para agregar capacidade produtiva e, na prática, poderia ser utilizado para qualquer finalidade.

Por outro lado, vale ressaltar a decisão de 2017 na operação entre as empresas de construção Polimix e Silcar³⁹⁸, que envolveu a aquisição de caminhões betoneira que estavam, até então, inoperantes. As partes alegaram o não conhecimento da operação, argumentando que "caminhões betoneira, isoladamente, não permitem a atuação de um agente qualquer no mercado de serviços de concretagem, já que um conjunto mais amplo de equipamentos é necessário para realizar essa operação".

Contudo, a SG/Cade decidiu, ao final, que o fato de nunca terem sido utilizados não descaracterizava o fato de que os caminhões eram ativos centrais para a prestação de serviços de concretagem e que, na prática, aumentava a capacidade de produção e distribuição de concreto pela empresa adquirente. Ao mesmo tempo, na visão da SG, a aquisição desses ativos de um concorrente, em vez de, por exemplo, diretamente de um fabricante, alterava a dinâmica concorrencial e a capacidade de rivalidade no mercado.

No mesmo contexto, em uma decisão de 2020, a SG/Cade analisou a aquisição de um ativo imobiliário (um hotel) sem relação com a atividade desenvolvida pelo comprador e decidiu pela notificação do ato de concentração³⁹⁹. O cerne da decisão foi o fato de que o ativo contava com uma estrutura já instalada, não necessitando de investimentos para torná-lo operacional, e, portanto, afetava a dinâmica concorrencial do mercado hoteleiro.

Portanto, é possível dizer que “a princípio, que ativos não operacionais, sem destinação específica, que demandem investimentos substanciais para extrair capacidade produtiva, e que, portanto, não representem um insumo ou infraestrutura central para o seu adquirente, via de regra não seriam atos de concentração de notificação obrigatória ao CADE”⁴⁰⁰. Contudo, sempre que tais ativos possam alterar a capacidade do agente comprador de desenvolver atividades em um dado mercado – mesmo que seja um mercado em que ainda não atua, facilitando sua entrada – e, sobretudo, quando os ativos guardarem relação direta com as

³⁹⁷ AC n° 08700.006524/2016-02. Biomm/Novartis. Parecer da Superintendência-Geral de 18.10.2016.

³⁹⁸ AC n° 08700.008315/2016-95. Polimix/Silcar. Parecer da Superintendência-Geral de 13.04.2017

³⁹⁹ AC n° 08700.003501/2020-14. Hankoe/Itaparica. Parecer da Superintendência-Geral de 14.08.2020

⁴⁰⁰ Binotto, Anna. "Aquisições de ativos: quando o Cade precisa ser notificado?" JOTA, 28 de outubro de 2021.

atividades do comprador, agregando capacidade produtiva (ou retirando capacidade produtiva de outro agente no mercado), as aquisições deveriam ser submetidas ao CADE.

A analogia entre a aquisição de ativos no contexto empresarial e a gestão de jogadores de futebol como ativos destaca-se como um ponto de conexão interessante. Assim como uma empresa adquire ativos tangíveis ou intangíveis para fortalecer sua posição no mercado, os clubes de futebol buscam aquisições de jogadores visando reforçar sua equipe, melhorar sua performance e, por conseguinte, obter sucesso esportivo e financeiro.

No universo do futebol, os jogadores podem ser considerados “ativos” valiosos para os clubes-empresas ou SAF's. Suas habilidades técnicas, reputação e potencial de mercado são equivalentes aos ativos tangíveis e intangíveis mencionados na legislação de defesa da concorrência. Portanto, a análise sobre a notificação obrigatória ao CADE poderia ser estendida a transações envolvendo aquisição ou transferência de jogadores, especialmente quando tais transações possam impactar a capacidade competitiva do clube no mercado de futebol. Vide, os exemplos das transferências, citados no início deste trabalho.

No entanto, é crucial ressaltar que a analogia não é perfeita, pois os jogadores de futebol são indivíduos com autonomia e não podem ser tratados como mercadorias convencionais. Além disso, a análise antitruste no contexto do futebol deve considerar a dinâmica específica desse mercado, incluindo questões relacionadas a ligas, competições, direitos de transmissão e regulamentações esportivas.

4. O MERCADO DE FUTEBOL E O IMPACTO DO *HEADHUNTING* NA CONCORRÊNCIA ENTRE AS EQUIPES

No contexto da presente discussão, o termo "*headhunting*" refere-se à prática estratégica adotada pelos clubes esportivos para recrutar e contratar jogadores de destaque e alto desempenho. Essa estratégia envolve a identificação e busca ativa de atletas talentosos, muitas vezes em competição com outros clubes, com o objetivo de fortalecer o elenco e melhorar o desempenho da equipe.

Assim, no cenário do futebol, o "*headhunting*" representa a abordagem proativa dos clubes na aquisição de talentos, destacando-se como uma prática fundamental para a construção de equipes competitivas. Essa estratégia visa assegurar uma vantagem competitiva, não apenas no aspecto esportivo, mas também nas dimensões econômicas e comerciais associadas à visibilidade e ao sucesso das equipes no cenário esportivo.

A análise do impacto do *headhunting* no mercado de futebol levanta questões pertinentes sobre a dinâmica da concorrência entre as equipes e a influência dessa estratégia no contexto antitruste. À medida que os clubes buscam incessantemente os melhores jogadores, surge a necessidade de compreender como essas práticas podem afetar a competição no cenário nacional e internacional.

A analogia entre o processo de aquisição de talentos no futebol e as transações empresariais tradicionais destaca a complexidade da gestão esportiva. O reconhecimento dos jogadores como ativos valiosos implica a necessidade de uma análise mais aprofundada sobre como tais transações podem se enquadrar nas regulamentações de defesa da concorrência.

Além disso, considerando a crescente internacionalização do futebol, a análise antitruste deve ser sensível às nuances específicas desse mercado. Questões como transferências internacionais, direitos de transmissão global e o fenômeno do *sportswashing* introduzem elementos adicionais que requerem atenção por parte dos órgãos reguladores.

No contexto desse mercado, a análise concorrencial precisa ser dividida em dois pontos: esportivo e econômico.

Na esfera desportiva, a compra excessiva de jogadores de destaque com altos salários pode gerar um desequilíbrio na competitividade das ligas esportivas. Uma possível solução seria a adoção do sistema de *fair play* financeiro, semelhante ao existente na Europa, que possui um sistema de ligas parecido com o nosso, o brasileiro. Nesse sistema, cujo objetivo é tornar a indústria mais estável, reduzindo o desequilíbrio entre os times com maior e menor capacidade financeira, há limitações, por exemplo, ao investimento na contratação de jogadores, que, segundo as regras da UEFA, não pode ter uma diferença superior a 100 milhões de euros entre vendas e compras de jogadores. Além disso, há regras de saúde financeira que devem ser respeitadas pelos clubes, como a manutenção de patrimônio líquido positivo e a limitação de prejuízo máximo de 5 milhões de euros por no máximo três anos, podendo chegar a 30 milhões de euros se houver aporte de recursos por parte do acionista para cobrir a diferença.

Na Inglaterra, o Manchester City, atual campeão da *Champions League*, considerada por muitos como a maior competição futebolista entre clubes (excluindo-se a copa do mundo), foi punido por um suposto inflacionamento nas cotas de patrocínio entre os anos de 2012 a 2016. No caso do City, seu proprietário, o Sheik Mansour bin Zayed Al Nahyan, da família que governa Abu Dhabi, estava financiando o patrocínio anual de 67,5 milhões de libras da camisa,

estádio e as divisões de base através da Etihad Airways, companhia aérea de seu país⁴⁰¹. No entanto, documentos obtidos pela Uefa atestariam que apenas 8 milhões de libras foram financiados diretamente pela empresa.

Do ponto de vista econômico, a discussão ganha novos rumos: a compra de jogadores renomados pode alterar a capacidade de um time de desenvolver suas atividades no mercado desportivo? E, ainda, há aumento da capacidade produtiva do time e/ou redução na capacidade produtiva do rival? Para responder a estes questionamentos, é preciso destacar uma das maiores características do mercado futebolístico, principalmente no Brasil: o nível de fidelidade dos consumidores. A título de exemplo, se o time A contrata uma dúzia de jogadores com renome internacional, e o time B, seu rival na liga, contrata apenas jogadores desconhecidos, oriundos de divisões inferiores da liga, poderíamos falar em modificação de capacidade econômica do time A capaz de gerar uma intervenção da autoridade de defesa da concorrência? À princípio, parece-nos que não. Obviamente, um movimento de mercado com essa magnitude geraria diversas repercussões econômicas, como aumento na venda de camisetas, aumento de bilheteria e um possível aumento de valor na venda dos direitos de transmissão, entre outros. No entanto, considerando justamente a fidelidade do consumidor (torcedor) para com seus clubes de coração como principal característica desse mercado, tais repercussões não seriam capazes de gerar a suscitada intervenção.

5. CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, exploramos a intrincada interseção entre o mercado de futebol e as regulamentações antitruste, com foco na análise do *headhunting* como estratégia-chave adotada pelos clubes para adquirir talentos. A complexidade do ambiente futebolístico brasileiro, marcado pela predominância de estruturas associativas, nos levou a refletir sobre os desafios enfrentados pelos órgãos reguladores, em especial o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na aplicação das leis de defesa da concorrência.

Concluimos, assim, que o desafio reside em equilibrar a busca incessante pela excelência esportiva com a necessidade de preservar a integridade da competição e a equidade entre os clubes. A regulação do mercado de futebol deve evoluir em resposta às mudanças no panorama esportivo, incorporando mecanismos que promovam a transparência, a concorrência

⁴⁰¹ <https://ge.globo.com/blogs/blog-do-rodriigo-capelo/post/2020/02/17/entenda-como-funciona-o-fair-play-financeiro-no-futebol-europeu-e-quais-clubes-estariam-ameacados-se-o-sistema-existisse-no-brasil.ghtml>

leal e o desenvolvimento sustentável dos clubes. À medida que o futebol continua a desafiar fronteiras geográficas e culturais, é imperativo que os órgãos reguladores estejam preparados para enfrentar as complexidades inerentes a esse cenário dinâmico. A busca por uma regulamentação eficaz exige uma colaboração contínua entre os stakeholders do setor esportivo, os órgãos reguladores e os clubes, com o objetivo de preservar a essência competitiva do futebol brasileiro no palco global.

REFERÊNCIAS

NE45. Futebol de bilhões: quanto o mercado da bola movimenta por ano no Brasil. Disponível em: [\[https://ne45.com.br/2022/11/17/futebol-de-bilhoes-quanto-o-mercado-da-bola-movimenta-por-ano-no-brasil/\]\(https://ne45.com.br/2022/11/17/futebol-de-bilhoes-quanto-o-mercado-da-bola-movimenta-por-ano-no-brasil/#:~:text=Um%20estudo%20realizado%20pela%20Confedera%C3%A7%C3%A3o,Produto%20Interno%20Bruto%20\(PIB\)\).](https://ne45.com.br/2022/11/17/futebol-de-bilhoes-quanto-o-mercado-da-bola-movimenta-por-ano-no-brasil/) Acesso em 08 dez 2023.

Universidade do Futebol. Os (possíveis) motivos pela queda de rendimento do futebol brasileiro. Disponível em: <https://universidadedofutebol.com.br/2012/12/30/os-possiveis-motivos-pela-queda-de-rendimento-do-futebol-brasileiro/>. Acesso em 08 dez 2023.

ESPN. Fifa divulga que 1,5 bilhão de pessoas ao redor do mundo assistiram a final da Copa do Mundo; veja dados. Disponível em: https://www.espn.com.br/futebol/copa-do-mundo/artigo/_/id/11497424/fifa-divulga-1-5-bilhao-pessoas-redor-do-mundo-assistiram-final-copa-do-mundo. Acesso em 08 dez 2023.

SKEY, Michael. Sportswashing: Media headline or analytic concept? *International Review for the Sociology of Sport*, Volume 58, Issue 5, August 2023, Pages 749-764.

ESPN. PSG acerta venda de Neymar para o Al Hilal por mais de R\$483 milhões; veja detalhes. Disponível em: https://www.espn.com.br/futebol/psg/artigo/_/id/12440928/psg-acerta-venda-neymar-al-hilal-oferta-mais-de-483-milhoes. Acesso em 08 dez 2023.

UOL. Cristiano Ronaldo assina com clube saudita Al-Nassr até 2025. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/ultimas-noticias/afp/2022/12/30/cristiano-ronaldo-acerta-transferencia-para-clube-saudita-al-nassr-ate-2025-htjrfalaam.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 08 dez 2023.

Goal.com. As contratações dos times brasileiros da Série A para 2023. Disponível em: <https://www.goal.com/br/listas/as-contratacoes-dos-times-brasileiros-da-serie-a-para-2023/blt876b20f1f49d8fb4>. Acesso em 10 dez 2023.

Palmeiras. Linha do tempo - Fundação do Palestra Itália e primeiro título. Disponível em: <https://www.palmeiras.com.br/linha-do-tempo/1914-1920-fundacao-do-palestra-italia-e-primeiro-titulo/>. Acesso em 08 dez 2023.

São Paulo FC. São Paulo Futebol Clube: 92 anos. Disponível em: <http://www.saopaulofc.net/noticias/noticias/historia/2022/1/25/sao-paulo-futebol-clube-92-anos>. Acesso em 08 dez 2023.

Arquivo Público do Estado de São Paulo. Introdução do futebol no Brasil. Disponível em: https://www.arquivoestado.sp.gov.br/exposicao_futebol/introducao_futebol_brasil.php#:~:text=A%20primeira%20partida%20de%20futebol,The%20S%C3%A3o%20Paulo%20Railway%20Company.. Acesso em 08 dez 2023.

CBF. O Brasil na primeira Copa do Mundo de futebol. Disponível em: <https://www.cbf.com.br/selecao-brasileira/torcedor/jogos-inesqueciveis/o-brasil-na-primeira-copa-do-mundo>. Acesso em 08 dez 2023.

ERNST & YOUNG. Estudo da EY traz panorama da gestão dos clubes europeus quanto à transformação em clube-empresa e analisa perspectivas para o Brasil. Disponível em: https://www.ey.com/pt_br/news/2021-press-releases/01/estudo-da-ey-traz-panorama-da-gestao-dos-clubes-europeus. Acesso em 10 dez 2023.

SACRAMENTO, Heber Gomes do. Tributação dos clubes de futebol: a sociedade anônima do futebol. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2023, p. 101-106.

IBET. Clubes de futebol conseguem na justiça afastar cobrança de ISS. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/clubes-de-futebol-conseguem-na-justica-afastar-cobranca-de-iss/>. Acesso em 08 dez 2023.

COSTA, Fernando Nogueira da. Economia do Futebol. Unicamp. IE, Campinas, n. 452, junho 2023.

HERMOSILLA, Paulo Henrique Garcia. Sociedade Anônima do Futebol. Revista de Direito da ADVOCEF, [S. l.], v. 19, n. 34, p. 15–38, 2023. Disponível em: <https://revista.advocef.org.br/index.php/2021/article/view/263>. Acesso em: 10 dez. 2023.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [\[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm\]](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 10 dez 2023.

Governança fiscal e sustentabilidade financeira: os reflexos do Pacto Orçamental Europeu em Portugal como exemplos para o Brasil. ABRAHAM, Marcus. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Lei em Campo. Red Bull Bragantino, o clube-empresa que é modelo de sucesso em meio ao “novo normal”. Disponível em: <https://leiemcampo.com.br/red-bull-bragantino-o-clube-empresa-que-e-modelo-de-sucesso-em-meio-ao-novo-normal/>. Acesso em 08 dez 2023.

Cuiabá Esporte Clube. Cuiabá é o primeiro clube da série A a se transformar em SAF. Disponível em: <http://cuiabaesportecolub.com.br/cuiaba-e-o-primeiro-clube-da-serie-a-a-se-transformar-em-saf/>. Acesso 09 dez 2023.

Aulete. Segundo o Aulete, cartola é “o dirigente de clube ou entidade esportiva, esp. de futebol”. Disponível em: <https://www.aulete.com.br/cartola#:~:text=Bras.-,Pop.,esportiva%2C%20esp.%20de%20futebol>. Acesso em 10 dez 2023.

MIGALHAS. CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de. Sunderland, o futebol brasileiro, a SAF e o problema do cartolismo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/meio-de-campo/365189/sunderland-o-futebol-brasileiro-a-saf-e-o-problema-do-cartolismo>. Acesso em 9 dez 2023.

Gestão Desportiva. Modelos de gestão no futebol pelo mundo. Disponível em: <https://www.gestaodesportiva.com.br/entidades-desportivas/modelos-de-gestao-no-futebol-pelo-mundo>. Acesso em 09 dez 2023.

AC nº 08012.009064/2009-95. APL/Companhia Brasileira de Distribuição. Parecer da ProCade. 03.02.2010.

AC nº 08700.006524/2016-02. Biomm/Novartis. Parecer da Superintendência-Geral de 18.10.2016.

AC nº 08700.008315/2016-95. Polimix/Silcar. Parecer da Superintendência-Geral de 13.04.2017.

AC nº 08700.003501/2020-14. Hankoe/Itaparica. Parecer da Superintendência-Geral de 14.08.2020.

BINOTTO, Anna. "Aquisições de ativos: quando o Cade precisa ser notificado?" JOTA, 28 de outubro de 2021.

Globo Esporte. Entenda como funciona o fair play financeiro no futebol europeu e quais clubes estariam ameaçados se o sistema existisse no Brasil. Disponível em: [\[https://ge.globo.com/blogs/blog-do-rodriigo-capelo/post/2020/02/17/entenda-como-funciona-o-fair-play-financeiro-no-futebol-europeu-e-quais-clubes-estariam-ameacados-se-o-sistema-existisse-no-brasil.ghtml\]](https://ge.globo.com/blogs/blog-do-rodriigo-capelo/post/2020/02/17/entenda-como-funciona-o-fair-play-financeiro-no-futebol-europeu-e-quais-clubes-estariam-ameacados-se-o-sistema-existisse-no-brasil.ghtml)(<https://ge.globo.com/blogs/blog-do-rodriigo-capelo/post/2020>

10. SUSTENTABILIDADE E CONCORRÊNCIA: A economia circular como instrumento limitador de condutas anticompetitivas?

11. *SUSTAINABILITY AND COMPETITION: The circular economy as an instrument to limit anti-competitive conduct?*

Luiza Peixoto Veiga
Sâmella Ferreira Gonçalves

SUMÁRIO: 1. Introdução / 2. Economia circular: conceitos iniciais / 2.1. Economia Circular X Sustentabilidade: é a mesma coisa? / 2.2. Características da Economia Circular que Impactam a Dinâmica da Concorrência / 3. Teorias do Dano Relacionadas à Economia Circular e as Preocupações Concorrentes dela decorrentes / 3.1. Controle de Fusões anticompetitivas (teorias do dano aplicáveis à circularidade) / 3.2. Condutas anticompetitivas aplicadas à circularidade / 3.2.1. Restrições Horizontais e Verticais / 3.2.2. Abuso de Posição Dominante / 4. Análise das teorias do dano por autoridades concorrenciais e remédios antitruste aplicados na economia circular / 4.1. Europa / 4.2. Brasil / 5. Conclusão

RESUMO: A discussão sobre a transição para um sistema de energia limpa coloca a economia circular, baseada na redução de resíduos e na reutilização e reciclagem de recursos e materiais, como um objetivo cada vez mais visado pelos consumidores e, conseqüentemente, pelas empresas. Dessa forma, diversos questionamentos surgem, como se as leis e políticas de concorrência, como atualmente concebidas e aplicadas, são compatíveis com o seu paradigma e, em caso afirmativo, como esses elementos podem ser considerados no contexto da concorrência. Este artigo centra-se na forma como a concorrência e a mudança para uma economia circular interagem, dado que a economia circular leva a incentivos, dinâmicas e modelos de negócios diferentes dos tradicionais sistemas de economia. São analisadas algumas posições adotadas por autoridades da concorrência internacionais e o CADE em casos de acordos empresariais que envolvem as práticas circulares, bem como, foram delineados remédios utilizados pelas autoridades com o fim de proteger o mercado nesses casos. Busca-se, assim, analisar se a política de concorrência e a sua eficiência econômica são compatíveis com as mudanças rumo a uma economia circular.

PALAVRAS-CHAVE: Defesa da concorrência; Sustentabilidade; Economia circular

ABSTRACT: The discussion about the transition to a clean energy system, places the circular economy, based on waste reduction and the reuse and recycling of resources and materials, as an objective increasingly sought by consumers and, consequently, by companies. Therefore, several questions arise, such as whether competition laws and policies, as currently conceived and applied, are compatible with their paradigm and, if so, how these elements can be considered in the context of competition. This article focuses on how competition and the shift to a circular economy interact, given that the circular economy leads to different incentives, dynamics and business models than traditional economic systems. Some positions adopted by international competition authorities and CADE in cases of company agreements involving circular practices are analyzed, as well as remedies used by authorities with the aim of protecting the market in these cases are outlined. The aim is, therefore, to analyze whether competition policy and its economic efficiency are compatible with changes towards a circular economy.

KEYWORDS: Competition defense; Sustainability; Circular economy

1. INTRODUÇÃO

Apesar de ser um ponto central para o desenvolvimento industrial, tendo gerado crescimentos exponenciais para a sociedade, a economia linear, fundamentada na tríade “extrair, transformar e descartar” coloca em debate a escassez, o aumento de preços e a interrupção da cadeia produtiva relacionada a necessidade de repensar o uso de matérias-primas e a utilização de um sistema não linear.

Um estudo publicado pela *International Energy Agency* (IEA) em 2021, sobre o “Papel dos Minerais Essenciais nas Transições de Energia Limpa”⁴⁰², destacou que após a pandemia da Covid-19, embora tenha sido notada uma redução significativa das emissões globais de CO₂ relacionadas a combustíveis fósseis, ainda se está longe de atingir os objetivos do Acordo de Paris⁴⁰³. De acordo com o *World Energy Outlook Sustainable Development Scenario* (SDS), é necessário uma ampliação significativa da implantação de energia limpa em toda a cadeia produtiva se quiser se atingir até 2050 emissões líquidas zero, uma vez que sistemas alimentados por energia limpa exigem mais materiais do que aqueles baseados em combustíveis fósseis.

A discussão sobre a transição para um sistema de energia limpa estima um crescimento de mais de quatro vezes o atual por demandas de matérias-primas como metais, aço, alumínio, cimento etc. sem que tenham aumentados os níveis de reciclagem e considerando que a geração de resíduos aumenta na mesma proporção. Tal procura pode levar à escassez, ao aumento grave de preços e às interrupções nas cadeias de suprimentos, de forma que as empresas e o governo precisam pensar em tempo recorde como acelerar a transição e garantir a estabilidade econômica para continuar a operação.

A mudança para uma economia sustentável baseada nesse tipo de economia deve ser vista com cuidado. Isso porque, o foco da economia com eficiência de recursos levanta preocupações sob a perspectiva concorrencial, em comparação aos sistemas tradicionais de

⁴⁰² IEA (2021). The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions. Disponível em: <https://www.iea.org/reports/the-role-of-critical-minerals-in-clean-energy-transitions>. Acesso em: 6 dezembro 2023.

⁴⁰³ Tratado global, adotado em 2015 pelos signatários da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC, acrônimo em inglês), durante a 21ª Conferência das Partes (COP21). O acordo estabelece diretrizes para a redução das emissões de dióxido de carbono a partir de 2020, com o propósito de fortalecer a resposta diante da ameaça da mudança climática e reforçar a capacidade dos países para enfrentar os impactos decorrentes dessa transformação.

economia linear, que tem como objetivo o *take-make-waste* (extrair-produzir-desperdiçar). Encontrar um equilíbrio entre impulsionar a sustentabilidade e assegurar uma competição justa pode representar um desafio para tanto as autoridades reguladoras quando as empresas que buscam estabelecer modelos econômicos mais sustentáveis.

Buscando responder ao questionamento sobre a possibilidade de utilização da economia circular como instrumento limitador de condutas anticompetitivas, o presente artigo, apresentará em seu segundo capítulo os conceitos iniciais que permeiam a relação entre economia circular e o antitruste, como a distinção entre circularidade e sustentabilidade estão diretamente ligadas ao direito concorrencial, considerando que são conceitos complementares e que possuem suas próprias peculiaridades na política de concorrência. Além de se debruçar sobre as características da economia circular que são capazes de influenciar a concorrência e como é estabelecido o poder desse mercado.

A hipótese inicial é a de que a economia circular, além de beneficiar o meio ambiente, pode ajudar a reprimir práticas anticompetitivas, uma vez que cria incentivos significativos para que as empresas aumentem a busca pela eficiência dos recursos e extraiam o maior valor possível dos materiais.

O terceiro capítulo desta pesquisa se concentrará na identificação de condutas anticompetitivas, como restrições verticais, horizontais e abuso de posição dominante, no contexto da economia circular. Utilizando como referência o documento "*Competition in the Circular Economy*" publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2023. O objetivo é analisar as principais teorias de dano utilizadas pela autoridade antitruste para avaliar fusões empresariais e, assim, reconhecer potenciais impactos anticompetitivos que afetem tanto a competição quanto os princípios da circularidade.

Por fim, o quarto capítulo descreve alguns casos analisados por autoridades da concorrência europeia e brasileira. A jurisprudência europeia possui diversos casos em que são promovidos acordos entre empresas em benefício de práticas circulares, com isso, tanto o meio ambiente é beneficiado, quanto são reprimidas práticas anticompetitivas.

Diversos desses acordos surgem após consultas ou análises prévias realizadas pelas empresas às autoridades, que podem sugerir remédios concorrenciais para que as operações possam tanto incentivar práticas circulares quanto manter a competitividade do mercado. Em alguns casos específicos, todavia, as autoridades já, de plano, inviabilizam a operação em razão da desproporcionalidade entre a restrição à concorrência ocasionada e os benefícios auferidos pela prática circular ou sustentável.

No Brasil, inclusive, apesar de recente, o tema já começou a ser discutido pelo CADE no caso Videolar/Innova. Assim, tendo por base os conceitos devidamente apresentados e as condutas anticompetitivas estabelecidas, será possível, através da análise dos casos concretos e diante a aplicação de remédios, verificar de que forma a competição, o crescimento econômico e a transição para uma economia circular podem coexistir e se incentivar mutuamente, a fim de se evitar práticas anticompetitivas.

2. ECONOMIA CIRCULAR: CONCEITOS INICIAIS

A necessidade de consumir cada vez mais recursos para suprir exigências da sociedade atual aponta preocupações concernentes ao futuro, na medida em que a escassez de recursos naturais eleva preços, cria conflitos políticos e aumenta a desigualdade social.⁴⁰⁴ Nesse sentido, o conceito de economia circular surge e pode ser visto como uma operacionalização para que as empresas passem a implementar o desenvolvimento sustentável⁴⁰⁵, além da economia verde.

Considerando a necessidade de se explorar e entender esse conceito, neste capítulo será analisado (2.1.) em que medida a economia circular e a sustentabilidade se diferem e/ou se assemelham; e (2.2.) como é estabelecida a relação do conceito de economia circular na análise antitruste, a partir de características desse mercado capaz de criar um ambiente jurídico que favoreça práticas empresariais sustentáveis e impulsionar a transição para modelos de negócios menos lineares.

2.1 Economia Circular X Sustentabilidade: é a mesma coisa?

Em regra, a economia circular é baseada nos 3Rs: redução de resíduos, reutilização e reciclagem.⁴⁰⁶ De acordo com Geissdoerfer⁴⁰⁷, a economia circular pode ser definida como um sistema regenerativo que objetiva minimizar a entrada de recursos, o desperdício, as emissões e os vazamentos de energia, alcançando isso por meio da desaceleração, fechamento e estreitamento dos ciclos de materiais e energia.

⁴⁰⁴ OECD (2019). Material Resources, Productivity and the Environment. OECD Green Growth Studies. OECD Publishing. Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264190504-en>. Acesso em: 7 dezembro 2023.

⁴⁰⁵ GHISELLINI, Patrizia; CIALANI, Catia; ULGIATI, Sergio (2016). A review on circular economy: the expected transition to a balanced interplay of environmental and economic systems. *Journal of Cleaner production*, v. 114, p. 11-32.

⁴⁰⁶ KIRCHHERR, Julian; REIKE, Denise; HEKKERT, Marko (2017). Conceptualizing the circular economy: An analysis of 114 definitions. *Resources, conservation and recycling*, v. 127, p. 221-232.

⁴⁰⁷ Geissdoerfer, M. et al. (2017), “The Circular Economy – A new sustainability paradigm?”, *Journal of Cleaner Production*, Vol. 143, pp. 757-768, <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.12.048>.

Segundo o *Ellen MacArthur Foundation* (EMF)⁴⁰⁸, a economia circular está atrelada a três princípios bases: (1) evitar a geração de resíduos e poluição; (2) economizar e preservar energia, mão de obra e materiais, inclusive prolongando sua duração ou permitindo sua reutilização; e (3) proteger e aprimorar os recursos renováveis.

Percebe-se que o conceito de Economia Circular vem ganhando relevância, ratificando a pauta do *Environmental-Social-Governance* (ESG) ou *Triple Bottom Line* (*profit + planet + people*), inicialmente proposto por John Elkington⁴⁰⁹, que articula o desempenho social, ambiental e econômico corporativo, uma vez que sistemas naturais, sociais e econômicos são interdependentes, devendo-se reconhecer e preservar a integridade desses sistemas para garantir a promoção de práticas econômicas sustentáveis que estejam alinhadas com o bem-estar social e ambiental.⁴¹⁰

A economia circular, diferente do modelo econômico linear, promove um ciclo contínuo de desenvolvimento. Essa abordagem visa preservar e aprimorar o capital natural, otimizar a produção de recursos e minimizar riscos sistêmicos, lidando eficientemente com estoques finitos e fluxos renováveis. O objetivo desse conceito é criar um sistema no qual os produtos, materiais e recursos formem um ciclo fechado, podendo ser reintegrados na cadeia produtivo sempre que possível. Ao contrário do modelo baseado no consumo linear, a adoção da economia circular representaria para a economia e a sociedade uma nova maneira de criar valor com base na inovação, fundamento na promoção de eficiência e sustentabilidade, o que contribui para a conservação do meio ambiente e gestão responsável de recursos naturais, dissociando da criação de valor do consumo excessivo de recursos finitos.

Nesse sentido, pode-se dizer que a circularidade está relacionada diretamente à **conservação e eficiência de recursos**, além de aspectos ambientais. Noção essa que tem relação com o conceito de sustentabilidade, que visa promover o uso eficiente dos recursos na perspectiva a longo prazo, sempre tendo em vista como as gerações futuras serão impactadas pela ausência ou escassez desses recursos.⁴¹¹

⁴⁰⁸ MACARTHUR, Ellen et al. Towards the circular economy. *Journal of Industrial Ecology*, v. 2, n. 1, p. 23-44, 2013.

⁴⁰⁹ ELKINGTON, J. *Sustentabilidade: canibais com garfo e faca*. São Paulo: Makron Books, 2012.

⁴¹⁰ BROWN, D.; DILLARD, J.; MARSHALL, R. S. Triple bottom line: a business metaphor for a social construct, 2006. Disponível em: <http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/2223/UABDT06-2.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jan 2024.

⁴¹¹ Velenturf, A. and P. Purnell (2021), "Principles for a sustainable circular economy", *Sustainable Production and Consumption*, Vol. 27, pp. 1437-1457, <https://doi.org/10.1016/J.SPC.2021.02.018>.

Apesar da similaridade, alguns estudiosos destacam para uma dicotomia entre a relação do desenvolvimento sustentável com as metas da economia circular, uma vez que nem toda iniciativa da economia circular é sustentável. Isso porque algumas metas e procedimentos da circularidade podem contribuir com o aumento das emissões de gases de efeito estufa (GEE) ou gases tóxicos, o que vai de encontro aos objetivos do desenvolvimento sustentável, mesmo que atenda aos ideais de reciclagem e reutilização de materiais, por exemplo.⁴¹²

Embora a análise da sustentabilidade ambiental sob perspectivas competitivas seja um campo relativamente novo, o que não necessariamente se concentra na economia circular, algumas metas desse conceito são levadas em consideração pelas autoridades da concorrência ao emitir diretrizes de acordos de sustentabilidade, principalmente considerando os efeitos coletivos fora do mercado decorrentes da pauta de sustentabilidade.

Assim, evidente a necessidade de estudar a interação entre a economia circular e a concorrência, devido à sua proximidade com a **eficiência produtiva**, o que poderá auxiliar a análise dos acordos de sustentabilidade no âmbito de qualquer análise tradicional dos efeitos competitivos, incluindo danos e eficiências.⁴¹³

A eficácia da economia circular, calculada em termos econômicos como intensidade de recursos, está intrinsecamente ligada à forma como os recursos naturais são utilizados, englobando eficiência técnica, produtividade de recursos e minimização de impactos ambientais adversos. Para isso promove inovações técnicas alternativas capazes de maximizar o uso de materiais da própria cadeia de suprimentos e o seu período naquele sistema, ao contrário do que acontece numa economia linear, baseada exclusivamente na extração de recursos naturais, transformação em capital e produto e no descarte.⁴¹⁴

2.2 Características da Economia Circular que Impactam a Dinâmica da Concorrência

A ideia de circularidade evidencia, além da preservação do meio ambiente, a importância de empresas adotarem práticas empresariais mais sustentáveis, cabendo ao

⁴¹² Velenturf, A. and P. Purnell (2021), “Principles for a sustainable circular economy”, Sustainable Production and Consumption, Vol. 27, pp. 1437-1457, <https://doi.org/10.1016/J.SPC.2021.02.018>.

⁴¹³ OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. p. 10.

⁴¹⁴ OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. pp. 12-11.

antitruste oferecer instrumentos para a promoção da competição nesse mercado, considerando, para tanto, a conservação e a eficiência de recursos.

Nesse cenário é importante distinguir a concorrência pelo mercado e concorrência no mercado, bem como destacar a necessidade de as autoridades da concorrência monitorar essas situações para evitar condutas anticompetitivas.

A concorrência pelo mercado surge quando as características específicas de determinado mercado, como o de economia circular, incentivam os participantes a disputar por sua totalidade, em vez de focar em apenas uma parte dele, uma vez que o mercado é mais eficiente e otimizado quando atendido por um único participante, que possui uma infraestrutura significativa. Isso acontece em monopólios naturais – quando uma empresa explora a totalidade das economias de escala disponíveis -, monopólios legais – a lei garante a posição de monopólio do participante -, monopólios com funcionamento público – governo apenas compra de um único fornecedor - e monopólios de plataforma – efeitos de rede não são significativos.⁴¹⁵

Por sua vez, a concorrência no mercado, apesar de desejável, pode não ocorrer em alguns mercados de economia circular, quando a competição não se dá de forma natural. Por exemplo, o governo pode conceder direitos exclusivos por tempo determinado para facilitar a entrada do player no mercado e estimular a competição em curto prazo, por meio de licitações, visando promover mais transparência e eficiência nesse processo, além de incentivar a entrada de novos participantes que realizem esse tipo de serviço.

A supervisão da autoridade antitruste deve abranger cuidadosamente as potenciais vantagens e abusos de posição dominante, tais como a formulação de estratégias que estabeleçam barreiras à entrada, fusões destinadas a fortalecer a posição dominante ou mesmo acordos de longo prazo desprovidos de justificativas plausíveis. Importante ressaltar que, desde que existam condições propícias, a promoção da concorrência no mercado deve ser favorecida.⁴¹⁶

Além disso, é fundamental considerar que as cadeias de suprimentos e os modelos de negócio na economia circular demandam investimentos substanciais, abrangendo aspectos como infraestrutura, inovação tecnológica, transporte e integração vertical. Essa necessidade de investimento intensivo pode resultar na formação de barreiras significativas à entrada para empresas de menor porte ou com recursos financeiros mais limitados, especialmente em termos

⁴¹⁵ OECD (2019). Competition for-the-market. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)7/en/pdf). Acesso em: 6 dezembro 2023.

⁴¹⁶ Macmillan, R. (2019). Competition for-the-market: Enforcement issues with concession contracts. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)12/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)12/en/pdf). Acesso em: 6 dezembro 2023.

de competição no mercado local.⁴¹⁷ No mesmo sentido, os direitos de propriedade intelectual têm a capacidade tanto de viabilizar que concorrentes resguardem os rendimentos de seus investimentos, ao oferecer incentivos substanciais para a inovação circular e para pesquisa e desenvolvimento (P&D), quanto de impulsionar a inovação ao limitar o acesso a tecnologias, processos circulares ou insumos cruciais entre concorrentes.⁴¹⁸

A sustentabilidade em mercados de economia circular também pode levar à criação de certificações ou selos, o que limitaria a atuação de algumas empresas do ramo que não conseguem atender a essas especificações.

Noutro ponto, a infraestrutura desempenha um papel crucial no funcionamento desse mercado, sendo uma condição essencial para a operação em termos econômicos. Isso é especialmente relevante diante das significativas economias de escala e dos fortes efeitos de rede provenientes de iniciativas relacionadas à reciclagem ou ao gerenciamento de resíduos. Essas práticas têm o potencial de aumentar o valor desse serviço para os consumidores, à medida que eles se tornam mais conscientes ambientalmente, o que pode atrair um número maior de participantes, como ocorre, por exemplo, em um esquema de coleta. Essa mudança de preferência do consumidor pode aumentar a competição entre players que agora buscam atender às expectativas relacionadas à essa responsabilidade ambiental.

A transição para uma economia circular também estimula a inovação, o que impulsiona o desenvolvimento de tecnologias e soluções inovadoras capazes de apoiar práticas cada vez mais circulares, que otimizam o uso de recursos. Empresas inovadoras, nesse diapasão, podem ganhar vantagem competitiva e criar preocupações concorrenciais em relação a empresas que não conseguem se adaptar ou adotar o mesmo nível de tecnologia.

Outra característica desse mercado é a possibilidade de colaboração entre competidores ao longo da cadeia produtiva, criando dinâmicas competitivas distintas mais vantajosas para empresas que passam a adotar esse modelo de negócio, influenciando a competição através da implementação de práticas mais sustentáveis ou estimulando o desenvolvimento de produtos mais duráveis e recicláveis, por exemplo. Contudo, essa colaboração também pode levantar preocupações concorrenciais ligadas à formação de cartéis ou acordos de sustentabilidade anticompetitivos.

⁴¹⁷ OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. pp. 13-14.

⁴¹⁸ OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. p. 14.

Essas características de mercados circulares - que impactam a transição de um modelo linear de produção e consumo para um modelo mais sustentável - são suficientes para criar condições favoráveis de poder de mercado e até mesmo promover preocupações anticompetitivas que possam surgir nesse contexto.

3. TEORIAS DO DANO RELACIONADAS À ECONOMIA CIRCULAR

Tendo em vista o documento "*Competition in the Circular Economy*" publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no ano de 2023, o presente capítulo irá se concentrar nas preocupações concorrenciais que podem surgir com o desenvolvimento da circularidade, observando-se para isso as principais teorias do dano aplicadas ao controle de fusões (3.1.), a fim de se investigar se a economia circular poderia ser utilizada como instrumento limitador ou ampliador de condutas anticompetitivas (3.2.).

3.1 Controle de Fusões anticompetitivas (teorias do dano aplicáveis à circularidade)

De acordo com o último relatório publicado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre economia circular (2023), algumas teorias do dano poderiam ser utilizadas para análise pela autoridade antitruste para identificar fusões anticompetitivas que impactem ou ameacem tanto a concorrência como a circularidade.

Nesse sentido, a OCDE destaca a possibilidade de formação de cartéis hub-and-spokes, que são definidos como um acordo entre concorrentes de um mercado (spokes) coordenado por intermediários verticalmente relacionados (hub) em que há troca indireta de informações comercialmente sensíveis, permitindo trocas bilaterais dos concorrentes com um player comum externo ao mercado.⁴¹⁹ Um cartel hub-and-spoke é comumente observado em cadeias de suprimentos de circuito fechado, onde ocorre colaboração entre atores de diversos níveis da cadeia, todos coordenados por um participante central.⁴²⁰ Nesse cenário, um fornecedor de materiais recicláveis, que coordena a reciclagem desses materiais, pode deliberadamente

⁴¹⁹ ATHAYDE, Amanda; VERGARA, Sofia de Medeiros. A primeira condenação de acordos hub-and-spoke no Brasil e sua sinalização antitruste. Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/387485/a-primeira-condenacao-de-acordos-hub-and-spoke-no-brasil>. Acesso em: 10 dezembro de 2023.

⁴²⁰ Serafimova, M. and J. Hörnig (2023), "Circular supply chains - Where the need for coordination meets competition law", European Journal of Consumer Law 1, pp. 69-85.

repassar informações entre vários fabricantes, abrangendo aspectos como volume ou preços de venda dos materiais.⁴²¹

Outra possibilidade mencionada pela OCDE são os efeitos unilaterais advindos do aumento da demanda por produtos cada vez mais circulares, que vão se tornando um parâmetro de concorrência, como pode ocorrer em acordos de sustentabilidade, por exemplo. No mesmo sentido, após uma fusão, as empresas podem impor preços mais elevados ou reduzir o desenvolvimento de novas tecnologia.⁴²² Além disso, dado que a circularidade se fundamenta na reutilização de materiais, é crucial manter os incentivos dos envolvidos para comercializar o subproduto como uma alternativa ao descarte. Caso contrário, a oferta e demanda desses produtos, sem a presença de concorrentes, tendem a diminuir, o que impacta negativamente na redução de investimentos em materiais recicláveis.

A OCDE também considera teorias de dano relacionadas aos efeitos unilaterais sobre a inovação. Isso ocorre porque fusões entre empresas podem modificar os incentivos para competir na inovação, especialmente na economia circular e, conseqüentemente, em vez de investir em materiais recicláveis, as empresas podem direcionar seus esforços inovadores para materiais primários.⁴²³ Existe também o risco de que os participantes da economia circular sejam retirados do mercado por participantes já estabelecidos na economia não circular para reduzir a pressão competitiva dos produtos tradicionais, o que prejudica o avanço da circularidade e favorece as estruturas de mercados tradicionais, eliminando concorrentes que operam sob princípios de economia circular, as chamadas “green killers”.⁴²⁴

Por fim, outra teoria do dano levantada pela OCDE ressalta os impactos verticais decorrentes da transação entre empresas que atuam em diferentes estágios da cadeia de suprimentos. Um exemplo clássico voltada ao mercado circular, é quando envolve o controle sobre insumos ou consumidores, como no caso de uma entidade recém-fundida que atua no fornecimento de veículos se recusar a fornecer esse insumo, aumentar os preços ou

⁴²¹ OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. p. 25.

⁴²² OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. p. 30.

⁴²³ OECD (2021), Environmental Considerations in Competition Enforcement.

⁴²⁴ Dolmans, M. (2020), “Sustainable Competition Policy”, Competition Law & Policy Debate, Vol. 5-6/4-1, pp. 4-23.

comprometer a qualidade das peças recicláveis para clientes que atuam na venda de peças recicláveis.⁴²⁵

3.2 Condutas anticompetitivas aplicadas à circularidade

As teorias do dano apresentadas no subtópico anterior levantam preocupações concorrenciais reais quando voltadas ao desenvolvimento da economia circular. Preocupações que podem prejudicar ou distorcer a competição nessa economia, sendo capaz de comprometer os princípios de eficiência na utilização de recursos, promoção da reutilização, reciclagem e redução de resíduos. Nesse diapasão, monitorar e combater condutas anticompetitivas é essencial para assegurar uma transição justa e eficiente para uma economia circular, promovendo inovação sustentável e competição leal entre empresas que buscam soluções mais ecológicas. Alguns exemplos de condutas anticompetitivas nesse contexto podem incluir: restrições horizontais/verticais e abuso de poder dominante, que serão investigadas a seguir.

3.2.1 Restrições Horizontais e Verticais

A restrição horizontal ocorre quando empresas concorrentes ou potenciais concorrentes entre si, no mesmo mercado, se envolvem em acordos ou práticas que podem limitar, prejudicar ou eliminar a concorrência entre elas, acarretando prejuízo aos consumidores e o equilíbrio competitivo no mercado.

Importante destacar que o ano de 2023 foi marcado pela publicação de guias sobre acordos de sustentabilidade entre concorrentes por diversas autoridades antitruste como a do

⁴²⁵ OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. pp. 30-31.

Japão⁴²⁶, da Comissão Europeia⁴²⁷, do Reino Unido⁴²⁸, da Holanda⁴²⁹ e da Nova Zelândia⁴³⁰, objetivando evitar condutas anticompetitivas, tais como acordos prejudiciais à eficácia das ações direcionadas a uma “*Green Society*”, e buscando elevar a transparência e previsibilidade na aplicação e execução da lei antitruste, a fim de assegurar uma maior segurança jurídica em iniciativas dessa natureza. A International Chamber of Commerce (ICC)⁴³¹ também divulgou relatório em 2023 destacando, além dos guias publicados pelas autoridades sobre sustentabilidade, decisões relacionadas ao tema, em que as autoridades de defesa da concorrência levantaram algumas preocupações antitruste envolvendo práticas anticompetitivas.

No contexto da economia circular, visando reduzir a competitividade entre rivais, algumas práticas horizontais observadas pelas autoridades antitruste ocorrem quando concorrentes firmam acordos de troca de informações destinadas a garantir uma melhor capacidade do setor ou volume de demandas e diminuir o nível de assimetria de informações sobre quantidade de resíduo ou tempo de produção. Nesse caso, na hipótese de a reciclabilidade⁴³² ser um parâmetro concorrencial para aquele mercado, os concorrentes podem coordenar suas ações para evitar a competição no uso de materiais reciclados. Essa coordenação

⁴²⁶ Japan Fair Trade Commission (2023). Guidelines Concerning the Activities of Enterprises, etc. Toward the Realization of a Green Society Under the Antimonopoly Act. Disponível em: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2023/March/230331.html>. Acesso em: 29 jan 2024.

⁴²⁷ EUROPEAN COMMISSION (2023). Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. Brussels, C(2023) 3445 final. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-07/2023_revised_horizontal_guidelines_en.pdf. Acesso em: 29 jan 2024; EUROPEAN COMMISSION (2023). Sustainability agreements in agriculture – consultation on draft guidelines on antitrust exclusion. Draft Guidelines. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2023-sustainability-agreements-agriculture_en#consultation-documents. Acesso em: 29 jan 2024.

⁴²⁸ Competition & Markets Authority – CMA (2023). Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance_.pdf. Acesso em: 29 jan 2024.

⁴²⁹ The Netherlands Authority for Consumers and Markets – ACM (2023). Policy rule, ACM’s oversight of sustainability agreements. Competition and Sustainability. Case no. ACM/23/182143 / Document no. ACM/UIT/596876. Disponível em: <https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20op%20duurzaamheidsafspraken%20ENG.pdf>. Acesso em: 29 jan 2024.

⁴³⁰ Commerce Commission New Zealand - CCNZ (2023). Collaboration and Sustainability Guidelines. Disponível em: https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0033/335985/Collaboration-and-Sustainability-Guidelines-30-November-2023.pdf. Acesso em 29 jan 2024.

⁴³¹ International Chamber of Commerce - ICC (2023). Taking the chill factor out of climate action A progress report on aligning competition policy with global sustainability goals. Disponível em: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2022/11/2023-ICC-Progress-report-on-aligning-competition-policy-with-global-sustainability-goals.pdf>. Acesso em: 29 jan 2024.

⁴³² Relacionado a qualidade do que é reciclável.

pode envolver acordos tácitos ou explícitos para não disputar ativamente por recursos reciclados, prejudicando assim a essência da economia circular, resultando em efeitos negativos para o avanço da circularidade como a limitação do desenvolvimento de novas tecnologias e restrição de progresso em direção a práticas mais sustentáveis.⁴³³

Outra possibilidade de restrição horizontal é um acordo de cooperação entre as empresas do mercado circular, a fim de especializar ou padronizar um modelo de negócios circular que busca atingir um objetivo específico, mas acaba ultrapassando a barreira do que é essencial e se transforma em uma troca ilegal de informações, dependendo da frequência de troca, cobertura do mercado, nível de agregação, natureza não públicas dos dados, entre outros. Nesse mesmo sentido pode ser dar o conluio envolvendo esquemas de manipulação de licitações em contratos relacionados à coleta, transporte e reciclagem de resíduos, por exemplo. Essa troca de informações sensíveis reduz a certeza do comportamento de mercado da empresa, o que resulta em uma conduta anticompetitiva.⁴³⁴

Como a economia circular depende da reutilização e reciclabilidade do insumo de produção, outra preocupação concorrencial está relacionada às restrições competitivas que ocorrem nos mercados *upstream* (parte da cadeia produtiva que está mais próxima das fontes de matéria-prima, antes do produto ser finalizado ou chegar ao consumidor). Nesse sentido, embora acordos de compra conjunta possam fortalecer o poder de compra pressionando-o para um nível mais competitivo e beneficiando os consumidores, eles também podem se tornar excessivos, causando perdas de eficiência já nos estágios iniciais da produção e prejudicando os consumidores.⁴³⁵ Nem se diga que acordos de compra conjunta quando em parâmetros mais específicos como volume de compra ou alocação de fornecedores, geralmente são prejudiciais e pode até mesmo ser considerados cartéis per se, independentemente da participação de mercado afetada pelo acordo.⁴³⁶ Assim, além de reduzir os incentivos para a recuperação de materiais de entrada para os fornecedores, também poderia limitar a quantidade de produtos reciclados em comparação aos não reciclados.

⁴³³ OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. pp. 20-21.

⁴³⁴ OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. pp. 21-23.

⁴³⁵ OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. p. 23.

⁴³⁶ Serafimova, M. and J. Hörnig (2023), “Circular supply chains - Where the need for coordination meets competition law”, *European Journal of Consumer Law* 1, pp. 69-85.

Restrições verticais, por sua vez, podem ser definidas como “restrições impostas por produtores/ ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’)”⁴³⁷, sendo consideradas anticompetitivas quando:

“[...] implicam a criação de mecanismos de **exclusão dos rivais**, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.” (g.n)

Tais condutas são identificadas em relação à economia circular quando resultam em acordos restritivos entre participantes de diferentes níveis da cadeia de suprimentos, como por exemplo a fixação de preços mínimos ou fixos de revenda para um produto reciclado, que protege a margem do fabricante ao mesmo tempo que pode dificultar a recompra por um revendedor, tornando a versão original a mais viável comercialmente. Outro exemplo são acordos de distribuição seletiva que podem utilizar critérios que excluem implicitamente materiais recicláveis.⁴³⁸

Demais formas de restrições verticais estão relacionadas à: distribuição ou venda de produtos reciclados, quando um fabricante proíbe seus distribuidores de venderem produtos com materiais reciclados se provenientes de outros fornecedores, o que dificulta a entrada de produtos reciclados de outras fontes de mercado; acordos entre empresa de tecnologia e seus parceiros para não desenvolverem ou adotarem novas tecnologias sustentáveis exceto do que foi estipulado em acordo; acordos que evitam a competição entre os prestadores de serviço de reciclagem, criando restrição na escolha dos fornecedores, entre outras.

Essas práticas, contudo, não impedem alguns efeitos positivos advindos dos critérios de distribuição coletiva, como a oferta de serviços ou instalações de reciclagem em lojas ou quando um fornecer de material de embalagem passa a investir em instalações de reciclagem. Além disso, impor obrigações de não concorrência pode viabilizar investimentos de longo prazo em tecnologias circulares, o que poderia justificar altos gastos.⁴³⁹

⁴³⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.884/94. Publicada no DOU de 28 jun. 1999. p. 3.

⁴³⁸ OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. p. 23.

⁴³⁹ Macmillan, R. Competition for-the-market: Enforcement issues with concession contracts. 2019. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)12/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)12/en/pdf). Acesso em: 10 dezembro 2023.

Dessa forma, embora as restrições verticais e horizontais em acordos de sustentabilidade que envolvam mercado de economia circular possam levantar preocupações concorrenciais, é importante reconhecer que algumas práticas colaborativas podem ter efeitos benéficos com as descritas acima. Assim, é necessário equilibrar a promoção da concorrência e a busca por soluções sustentáveis, de forma que práticas colaborativas possam contribuir para o avanço de práticas ambientais responsáveis a curto, médio e longo prazo.

3.2.2 Abuso de Posição Dominante

Ao ponderar sobre os mercados de economia circular, é notório que o poder de mercado está vinculado a características específicas, como infraestrutura de alto custo, monopólio natural, economias de escala, utilização de propriedade intelectual, compartilhamento de dados, ecossistemas e efeitos de rede, conforme discutido nos subtópicos precedentes.

Nesse contexto, os players já estabelecidos que detém o poder de mercado adotam estratégias para preservar essa posição, evitando ameaças potenciais de novos players. Para isso, podem desenvolver práticas anticompetitivas, como a recusa de acesso a serviços essenciais ou ações que dificultem a entrada de concorrentes, adoção de preços predatórios, recusa de venda, discriminação de preços, entre outras práticas, o que configura situações de abuso de poder dominante no mercado de economia circular.

A infraestrutura de alto custo, por exemplo, pode atuar como uma barreira significativa à entrada de novos concorrentes, conferindo às empresas estabelecidas uma vantagem competitiva. Além disso, o controle sobre propriedade intelectual e o compartilhamento seletivo de dados podem ser utilizados como instrumentos estratégicos para consolidar ainda mais o poder de mercado. Outra forma pela qual esse comportamento pode ser evidenciado ocorre quando um provedor líder em serviços de coleta e gestão de resíduos nega acesso a esses serviços a novos concorrentes. Conforme destacado por AHLERS, essa recusa deve envolver a oferta de um serviço essencial para a competitividade do mercado, apresentar o potencial de reduzir a concorrência e carecer de justificativa objetiva ou compensação por eficiências.⁴⁴⁰

Por sua vez, nos casos em que o efeito de rede são significativos (se a adoção ou utilização de um determinado insumo ou infraestrutura depende da participação ou aceitação generalizada no mercado, torna-se difícil a entrada de novos players) ou quando há monopólio natural devido a economias de escala ou escopo (quando as características do mercado

⁴⁴⁰ AHLERS, J. et al. Analysis of Extended Producer Responsibility Schemes. 2021. Disponível em: https://adelphi.de/system/files/mediathek/bilder/adelphi_study_Analysis_of_EPR_Schemes_July_2021.pdf. Acesso em: 10 dezembro 2023.

favorecem um único participante devido à ganhos de eficiências em termos de produção ou de diversificação de produtos e/ou serviços, o que também torna difícil a abertura do mercado), a autoridade antitruste tem mais dificuldade em avaliar se o acesso ao insumo ou à infraestrutura pode ser replicado por concorrentes reais ou potenciais a médio prazo. Isso porque, a existência de ecossistemas consolidados e efeitos de rede fortalece a fidelidade do consumidor aos participantes já presentes, tornando desafiador para novos concorrentes adentrarem no mercado. E o monopólio natural e as economias de escala favorecem a manutenção do domínio, dificultando a competição equitativa.⁴⁴¹

Há também a possibilidade de que os participantes dominantes do mercado de economia circular imponham cláusulas de exclusividade aos seus parceiros comerciais visando excluir a negociação com fornecedores alternativos. Essa cláusula restringe as relações comerciais com concorrentes, impedindo a entrada de novos fornecedores, além de limitar a possibilidade de reparo, longevidade ou reciclabilidade dos produtos. Por exemplo, uma empresa de gestão de resíduos pode tentar impor contratualmente aos produtores de resíduos que só adquiram serviços dela.

Em outras condições a imposição de uma cláusula de exclusividade pode não ser um problema, sendo justificada pela necessidade de o agente dominante realizar investimentos de longo prazo específicos para a relação comercial, os quais são indispensáveis para promover o mercado, por exemplo; ou para assegurar a recuperação de investimentos substanciais, como no caso de investimentos em infraestrutura para estabelecer um sistema de devolução de baterias esgotadas, vinculado à obrigação de utilizar exclusivamente esse sistema.⁴⁴² Deve-se ter atenção aos prazos estipulados, já que cláusulas de longo prazo geralmente criam barreiras de entrada, impedem a competição efetiva e ainda podem restringir o acesso dos consumidores a esses produtos/serviços, estabelecendo uma “reserva de capacidade de longo prazo”.⁴⁴³

Outros abusos identificáveis no mercado de economia circular estão relacionados a fixação de preço ou descontos discriminatórios, cujo objetivo é excluir os concorrentes de economia circular mais eficientes ou até mesmo impedir o fornecimento de produtos mais

⁴⁴¹ OECD (2016), *Extended Producer Responsibility: Updated Guidance for Efficient Waste Management*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264256385-en>.

⁴⁴² OECD (2023). *Competition in the Circular Economy*. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. pp. 27.

⁴⁴³ Fumagalli, C., M. Motta and C. Calcagno (2018), *Exclusionary Practices*, Cambridge University Press, <https://doi.org/10.1017/9781139084130>.

recicláveis, reparáveis e duráveis ou dificultar a entrada de recicladores concorrentes no mercado de coleta, classificação e tratamento de resíduos.⁴⁴⁴

Ademais, também merece destaque práticas anticompetitivas que obstaculizam a modularidade ou a viabilidade de reparos por projeto, uma vez que tais práticas podem dificultar a entrada em mercados adjacentes ou secundários (como serviços de manutenção ou reparo) nos quais a empresa dominante também atua. Nesse sentido, países como os Estados Unidos começaram a promover iniciativas regulatórias capazes de reforçar o direito de reparo aos consumidores, bem como combater as restrições impostas pelas grandes empresas de tecnologia sobre distribuição de peças de reposição e reparos, por exemplo.⁴⁴⁵

4. ANÁLISE DAS TEORIAS DO DANO POR AUTORIDADES CONCORRENCIAIS E REMÉDIOS ANTITRUSTE APLICADOS NA ECONOMIA CIRCULAR

Considerando o reforço mútuo entre os objetivos da concorrência e da economia circular que podem criar incentivos à competição, maximizando a eficiência produtiva e a transição para uma economia circular, bem como atrair preocupações competitivas que merecem maior aprofundamento, o presente capítulo se debruçará na análise de remédios antitrustes propostos pelas autoridades da Europa (4.1.) e do Brasil (4.2.) no contexto de atos de concentração envolvendo a economia circular.

Esse tópico suscita reflexões relevantes, especialmente no que concerne à adequação de remédios antitruste visando neutralizar possíveis impactos adversos de operações dessa natureza. Isso se deve ao fato de que, mediante a imposição de tais remédios, a concretização da operação é autorizada, ao mesmo tempo em que se busca preservar as eficiências do negócio e equilibrar os efeitos anticompetitivos associados ao ato de concentração. Em contrapartida, em determinadas situações abordadas, preocupações concorrenciais potenciais já foram identificadas durante a análise, resultando na inviabilidade imediata da operação pela autoridade competente.

⁴⁴⁴ Motta, M. (2004), *Competition Policy*, Cambridge University Press. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511804038>; OECD (2023). *Competition in the Circular Economy*. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. pp. 28-29.

⁴⁴⁵ TIROLE, J. *Socially Responsible Agencies*. 2022. Disponível em: https://www.tsefr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/socially_responsible_agencies_071222.pdf. Acesso em: 10 dezembro de 2023.

4.1. Europa

Diante das preocupações anticompetitivas para o mercado de economia circular, a Romênia introduziu um sistema chamado DRS (*deposit-return system*) para embalagens não reutilizáveis operada e implementada por uma empresa nacional que entrou em vigor em novembro de 2023. O Sistema DRS cria um conjunto de requisitos para otimizar a gestão sustentável de embalagens de forma a alcançar os objetivos ambientais definidos a nível europeu e é operado por um consórcio formado por empresas por uma associação de empresas que corresponde a 30% da produção das embalagens e por uma participação pública por parte do Ministério Romeno do Meio Ambiente, Água e Floresta.

O Conselho da Concorrência romeno avaliou a formação da sociedade gestora do Sistema DRS de forma a garantir que a fusão das empresas com tal finalidade seria possível nos termos do regulamento das concentrações. O Conselho assentou que para o bom funcionamento do mercado de gestão de resíduos o princípio do dano mínimo causado à concorrência deve ser respeitado, ou seja, as medidas tomadas devem ser proporcionais ao objetivo de interesse público perseguido, qual seja, a preservação ambiental.

Entre outras recomendações, o Conselho de Competição Romeno (RCC) assentou a importância de verificar a necessidade e a eficiência de ter um único operador no mercado e recomendou ao Ministério do Meio Ambiente que fiscalizasse se o gestor único do DRS seria realmente o a única possibilidade eficiente para esse sistema de manejo de resíduos. Ademais, a autoridade recomendou a limitação do tempo da licença conferida ao operador monopolista, uma vez que resultaria em uma significativa distorção do cenário competitivo do mercado. Por tal razão, a RCC enfatizou que além da avaliação do impacto, deverá ser estabelecida uma limitação da duração da licença que garanta, de forma real e eficiente, a amortização dos investimentos iniciais.

A RCC indicou ainda, a necessidade de criação de mecanismos para permitir a separação das funções de gestor do DRS das demais atividades comerciais de seus representantes, bem como para evitar qualquer troca de informações sensíveis entre as empresas. Ressaltou que as condições para participar do sistema de coleta deve ser igual e transparente para todos os intervenientes, de forma a evitar qualquer forma de discriminação, especialmente daqueles produtores e varejistas que não detêm ações da gestora do DRS.

Para cumprir um objetivo específico da economia circular (por exemplo, maior reciclabilidade dos materiais ou redução de resíduos) ou implementar um modelo de negócio ou processo de produção circular, as empresas podem buscar trocar informações destinadas a

garantir uma melhor correspondência entre oferta e procura (por exemplo, capacidade da indústria ou volumes de demanda) ou na redução do nível de assimetria de informação, por exemplo, sobre o valor esperado de desperdício ou de tempo de produção.

Ademais, se a reciclabilidade dos materiais é um parâmetro de concorrência, ou se representa um custo que não desejam incorrer, as empresas podem tentar coordenar-se para não competir nas atividades de reciclagem ou no uso de materiais reciclados, o que pode ao mesmo tempo distorcer a concorrência e prejudicar a economia circular.

Em 2022, a autoridade espanhola da concorrência, CNMC, impôs uma multa de 23,3 milhões de euros a três empresas siderúrgicas que atuam no mercado de compra de sucata. A autoridade encontrou provas de trocas separadas de informações anticoncorrenciais entre AG Siderúrgica Balboa e Sidenor Aceros Especiales em 2017 e entre Sidenor e Arcelormittal Aceralia Basque Holding em 2018. De acordo com a autoridade, os seguintes conjuntos de informações comercialmente sensíveis foram ilegalmente trocados entre as empresas: dados sobre preços futuros de compra a serem oferecidos a fornecedores de sucata; horários de paradas técnicas da produção das siderúrgicas, que poderão ser utilizados para previsão de demanda ou redução na compra de sucata e de preços próprios e preços de terceiros concorrentes não disponíveis publicamente.

Em 15 de março de 2022⁴⁴⁶, a CMA, autoridade da concorrência do Reino Unido, abriu uma investigação em face da BMW Group e outras empresas fabricantes de veículos sob a suspeita de que estariam envolvidas em acordos anticompetitivos para realizarem acordos e evitarem a competição com relação a reciclabilidade e a recuperação de veículos em fim de vida e o uso dos materiais reciclados na fabricação de veículos novos, bem como no pagamento de prestadores de serviço de retoma, desmantelamento e reciclagem de veículos.

Uma investigação semelhante foi lançada pela Comissão Europeia, em cooperação com a CMA nesta matéria. Em 2021 as empresas fabricantes de veículos Volkswagen, Audi e Porsche (em conjunto “Grupo VW”) e BMW foram multadas em um total de 875 milhões de euros pela Comissão Europeia por conluio para retardar o desenvolvimento e implementação de tecnologias de limpeza de óxido de nitrogênio (NOx). A cooperação ilegal das empresas envolveu o desenvolvimento da redução catalítica seletiva (“SCR”), um sistema para

⁴⁴⁶ European Commission (2022), Press Release - Antitrust: Commission carries out unannounced inspections in the automotive sector, 15 March 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1765; e CMA (2022), Suspected anti-competitive conduct in relation to the recycling of end-of-life vehicles, 15 March 2022, <https://www.gov.uk/cma-cases/suspected-anti-competitiveconduct-in-relation-to-the-recycling-of-end-of-life-vehicles>.

automóveis de passageiros a diesel que permitem reduzir as emissões poluentes de NOx através da mistura de AdBlue com os gases de escape do carro. Eles trocaram informações comercialmente sensíveis para coordenar as dimensões e faixas dos tanques de armazenamento de AdBlue e a média de consumo da substância para evitar, assim, competir no desenvolvimento de tecnologias de limpeza de NOx para automóveis a diesel.

A Comissão Europeia considerou o acordo uma restrição objetiva da concorrência, nos termos do Artigo 101, 1, alínea b), do TFUE, tratado sobre funcionamento da União Europeia, ao impor limitações ao desenvolvimento técnico de novas tecnologias.

Por outro lado, a Comissão Europeia indicou quais tipos de colaboração ou troca de informações entre as empresas fabricantes de veículos podem ser consideradas lícitas do ponto de vista concorrencial. Estas incluem, por exemplo, a padronização do gargalo de enchimento AdBlue e a definição de requisitos de qualidade para AdBlue, o que, possivelmente, poderia levar a ganhos em eficiência e a economias de custo.

Uma vez que a economia circular frequentemente depende da reutilização e da reciclagem dos fatores de produção, uma preocupação anticoncorrencial importante se relaciona com restrições concorrenciais que ocorrem em acordos de compra.

Os acordos de compra conjunta podem incluir compras coletivas, negociação coletiva de preço ou outras condições de compra. Se esses acordos de compra envolverem a fixação ou coordenação dos preços de compra ou de seus componentes, volumes de compra ou alocação de fornecedores são, de maneira geral, prejudiciais, e podem ser considerados cartéis de compradores.

Em relação à economia circular, estes tipos de cartéis de compradores podem ser particularmente problemáticos, pois podem reduzir os incentivos à recuperação de matérias-primas para os fornecedores, bem como limitar a quantidade de produção reciclada em comparação com a não reciclada.

Em 2017, a Comissão Europeia⁴⁴⁷ multou três empresas, Campine, Eco-Bat Technologies e Recyclex em razão de um acordo realizado entre 2009 e 2012, que fixou o preço de compra de resíduos de baterias de automóveis na Bélgica, França, Alemanha e Países Baixos. A autoridade aplicou uma multa de 68 milhões de euros.

⁴⁴⁷ European Commission, Case AT.40018 Car Battery Recycling, 8 February 2017, https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40018; General Court of the European Union, T-240/17, Campine NV and Campine Recycling NV v European Commission, Judgment of 7 November 2019, ECLI:EU:T:2019:778.

As sucatas de baterias eram recolhidas em oficinas de manutenção e reparação, distribuidoras de baterias e outros coletores ou revendedores. Dado que o acordo visava diminuir o preço do material reciclado, levou a redução da concorrência no mercado de reciclagem de chumbo, que é comprado pelos produtores de baterias. Foi, portanto, considerado prejudicial para a economia circular.

No julgamento do recurso interposto em face da decisão da Comissão Europeia, o Tribunal Geral da Comissão manteve a multa por entender que o acordo era uma restrição objetiva da concorrência e que prescindia do exame dos efeitos do mercado. Asseverou que as trocas de informações entre os participantes no cartel têm claramente um objetivo anticoncorrencial, na medida em que contrariam a exigência de independência, que é um elemento característica fundamental do comportamento de mercado das empresas que operam num sistema de concorrência. Ademais, apontou que as trocas de informações, que diziam respeito a fatores decisivos para a política de compra de insumos das empresas, visavam não apenas eliminar ou reduzir as incertezas sobre o possível comportamento dessas empresas, mas também permitir que chegassem a um acordo sobre os preços de compra das baterias usadas e limitar o poder de barganha de seus fornecedores. Com efeito, o Tribunal entendeu que as trocas de informações, per si, revelaram um grau suficiente de dano à concorrência.

Devido a algumas das características da economia circular que podem levar a acumulação do poder de mercado (custos elevados de infraestrutura, monopólio natural, economias de escala, uso de direitos de PI, entre outros), os players mais estruturados podem tender a adotar estratégias para garantir que o seu poder de mercado não seja ameaçado por novos entrantes. Um exemplo seria uma situação em que um fornecedor dominante de serviços de coleta e gestão de resíduos impeça o acesso a novos participantes.

Em 2016, a Comissão Europeia⁴⁴⁸ impôs uma multa de 6 milhões de euros à empresa austríaca Altstoff Reciclagem (ARA) por abusar da sua posição dominante no mercado ao impedir o acesso a uma infraestrutura indispensável ao mercado de gestão de resíduos de embalagens domésticas durante quatro anos na Áustria. A Comissão concluiu que a ARA impôs condições de acesso desnecessárias à utilização dos seus serviços de infraestrutura de coleta a potenciais concorrentes, limitando-a a regiões individuais. Também avaliou a impossibilidade de duplicação da infraestrutura de coleta domiciliar da ARA, o que a tornava indispensável para

⁴⁴⁸European Commission (2016) AT.39759 – ARA Foreclosure, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39759/39759_3071_5.pdf; European Commission (2016) ‘Antitrust: Commission fines ARA €6 million for hindering competition on Austrian waste management market’ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_3116;

entrar e operar no mercado. As razões que tornavam a infraestrutura da ARA indispensável e não duplicável estão centradas na proteção paisagística e ambiental. Entre outras razões, a duplicação aumentaria o número de contêineres, que, especialmente em áreas densamente povoadas compromete a aparência e a habitabilidade do entorno; aumentaria o número de viagens para transporte de resíduos, que são poluentes e perturbam o público; aumentariam os custos; e exigiria que os consumidores dividissem os resíduos entre diferentes sistemas.

Além da multa, a Comissão Europeia também aceitou uma solução estrutural sob a forma de alienação de parte da infraestrutura da ARA. A comissão destacou a importância do livre acesso à infraestrutura para incentivar a economia circular e da importância da efetiva concorrência para tornar a reciclagem acessível aos consumidores.

Na Suécia, um caso de abuso de posição dominante foi analisado pela autoridade Sueca em 2008⁴⁴⁹. No caso, a empresa sueca FTI detinha o monopólio da coleta de embalagens plásticas usados na Suécia. Um concorrente, a TMR, enfrentou barreiras significativas à entrada no mercado, sendo impedido de usar a infraestrutura de propriedade da FTI. A autoridade sueca da concorrência concluiu que a duplicação do FTI representaria um custo significativo de infraestrutura e que a recusa em fornecer o acesso necessário às estações de reciclagem constituía um abuso anticompetitivo da posição dominante. De acordo com a avaliação da Autoridade da Concorrência sueca, qualquer entidade que deseje oferecer um produto ou um serviço que cumpra com suas responsabilidades em termos de reciclagem de embalagens deve ter acesso a instalações. Nesse sentido, Richard Jermsten, Diretor-Geral da Autoridade da Concorrência Sueca afirmou que *“as empresas dominantes que controlam infraestruturas essenciais não podem abusar de seu poder de mercado ao negar acesso a outros intervenientes”*⁴⁵⁰. O caso foi encerrado com um acordo segundo o qual a FTI permitiria o acesso da TMR à infraestrutura necessária, em benefício da reciclagem de plástico e da concorrência.

Outra forma de abuso de poder de empresas dominantes diz respeito à imposição de cláusulas de exclusividade para que os parceiros comerciais excluam fornecedores alternativos do mercado.

⁴⁴⁹ Swedish Competition Authority (2020), Press Release, The termination of a contract with a competitor did not constitute an abuse of a dominant position, 28 January 2020, <https://www.konkurrensverket.se/en/news/the-termination-of-a-contract-with-a-competitor-did-not-constitute-an-abuse-of-a-dominantposition/>; Swedish Competition Authority (2020), Press Release, Continued Competition in the Recycling Industry, 21 January 2019, <https://www.konkurrensverket.se/en/news/continued-competition-in-the-recycling-industry/>.

⁴⁵⁰ Disponível em <https://www.konkurrensverket.se/en/news/continued-competition-in-the-recycling-industry/>, acesso em 31.01.2023.

A Autoridade da Concorrência Italiana⁴⁵¹ (AGCM), em maio de 2021, sancionou o Google por se recusar a operacionalizar o sistema Android Auto com o Enel X, aplicativo rival relacionado à recarga de veículos elétricos. Foi também imposto um acordo de interoperabilidade pela AGCM. A autoridade entendeu que ao recusar a operacionalização do Enel X com o Android Auto, o Google injustamente limitou as possibilidades para que os usuários de carros elétricos utilizem o aplicativo Enel X para pesquisar uma estação de recarga por meio do aplicativo de mapeamentos. O Google teria favorecido seu próprio serviço, o aplicativo Google Maps, que opera no Android Auto e permite serviços funcionais para carregamento de veículos elétricos. Além de impor a sanção, a AGCM ordenou que o Google disponibilizasse à Enel X, bem como a outros desenvolvedores de aplicativos, ferramentas para a programação de aplicativos interoperáveis com Android Auto.

Ainda que o mercado afetado pela conduta forneça um serviço auxiliar ao setor de mobilidade elétrica, a AGCM salientou que a conduta da Google poderia influenciar o desenvolvimento da mobilidade elétrica em uma fase crucial de seu lançamento.

Segundo a Autoridade, a conduta do Google, ao dificultar e atrasar a entrada de um aplicativo que teria permitido não apenas procurar uma estação de carregamento e obter as informações relevantes para recarga, mas também para reservar o uso da infraestrutura e realizar outras atividades funcionais, provavelmente resultaria em uma redução do bem-estar do consumidor e uma restrição da oferta e da escolha, tendo em conta o número de operadores, a diferenciação dos serviços e, potencialmente, a qualidade de serviços. Além disso, uma vez que os serviços em questão são necessários para a mobilidade elétrica, a conduta do Google também poderia ser prejudicial para uma difusão mais rápida de veículos elétricos e, portanto, para a transição para uma mobilidade mais sustentável do ponto de vista ambiental.

A Autoridade da Concorrência e Mercados do Reino Unido (CMA) realizou um estudo de mercado no contexto do compromisso de reduzir as emissões de gases de efeito estufa (GEE) em 28% até 2035 e atingir Net Zero até 2050⁴⁵². O estudo, com foco na carga elétrica tanto

⁴⁵¹ Autorità Garante Della Concorrenza e Del Mercato - AGCM (2022). A544 – Erion WEEE, Condotte Anticoncorrenziali. Disponível em: <https://www.agcm.it/dettaglio?db=41256297003874BD&uid=6AD18FE62F7ECF1DC125884400438182&view=&title=A544-ERION%20WEEE/CONDOTTE%20ANTICONCORRENZIALI&fs=Abuso%20di%20posizione%20dominante>. Acesso em: 6 dez 2023.

⁴⁵² UK CMA, Electric Vehicle Charging Market Study - Final Report, 23 July 2021, <https://www.gov.uk/government/publications/electric-vehicle-charging-market-study-final-report/final-report>. UK CMA, Press Release, CMA to open up electric vehicle charging competition on motorways, 17 November 2021, <https://www.gov.uk/government/news/cma-to-open-up-electric-vehicle-charging-competition-on-motorways>.

pública quanto privada para veículos de passageiros, foi publicado em julho 2021 e centrou-se em duas questões principais: como desenvolver um sector competitivo e ao mesmo tempo atrair investimentos de empresas privadas para fortalecer a confiança dos usuários de veículos elétricos quanto aos pontos de recarga.

O estudo identificou três áreas de preocupação do lado da oferta. Primeiro, há um crescimento irregular no setor, com fracos investimentos em infraestruturas em áreas remotas. Em segundo lugar, há uma concorrência limitada em autoestradas, com um fornecedor principal e barreiras à entrada, tais como restrições à capacidade da rede elétrica e contratos de exclusividade de longo prazo, resultando no risco de monopólio. Terceiro, existem problemas do lado da demanda, incluindo questões de fiabilidade (tais como pontos de carregamento danificados) e dificuldades ao acesso dos pontos de recarga em razão dos diferentes métodos de pagamento aceites, desafios para realizar a comparação de preços e potencial aprisionamento devido ao agrupamento de serviços de assinatura em diferentes formatos. As recomendações para resolver a situação incluíam, entre outras, a construção de infraestruturas para fazer face à demanda, buscar oferecer uma maior segurança aos consumidores, acelerar as conexões à rede, melhorar a estratégia de investimentos e reduzir custos de conexão.

Na sequência do estudo, a CMA também abriu investigações quanto à possíveis práticas monopolistas no fornecimento de pontos de recarga de veículos elétricos nas autoestradas. A investigação focou nos longos prazos dos acordos de exclusividade entre a Electric Highway Company e três operadores de serviço de rodovias e revelou que referidos acordos acabam por excluir a concorrência das tarifas, o que, por certo, prejudica os consumidores. A Electric Highway Company se comprometeu a não mais incluir direitos de exclusividade em contratos com as operadoras de serviço de rodovia após 2026 e reduzir a duração dos acordos firmados após esse período e não incluir direitos de exclusividades nesses contratos se os locais tiverem recebido ajuda financeira do Governo do Reino Unido por meio do *Rapid Charging Fund*, de modo a permitir a entrada de concorrentes nessas regiões.

As autoridades da concorrência também acabam por examinar as fusões que podem colocar em risco a eficiência da economia circular.

Para exemplificar, em 2019, o Bunderskartellamt alemão, autoridade da proteção da concorrência, proibiu a aquisição proposta pela REMONDIS SE & Co. KG de todas as ações do sistema dual DSD - Duales System Holding GmbH & Co. KG. A Remondis é a maior empresa de gestão de resíduos da Alemanha e atua em quase todos os mercados. Já o DSD é o maior sistema dual de reciclagem de embalagens na Alemanha. Os sistemas duais organizam a

reciclagem de resíduos de embalagens em nome dos fabricantes e importadores por meio do pagamento de uma taxa pelos distribuidores (as chamadas taxas de licença). O Presidente do Bundeskartellamt demonstrou a preocupação de que a fusão proposta teria impedido significativamente a concorrência entre os sistemas duplos de reciclagem de embalagens, o que elevaria os custos para os concorrentes. Um outro aspecto problemático apontado foi o fato de que as duas empresas alcançam cotas quotas de mercado conjuntas de 40 a 60 por cento na comercialização de vidro reciclado. Assim, a fusão pretendida aumentaria a posição dominante do mercado, eliminando os concorrentes, com o aumento dos custos para o serviço⁴⁵³.

Outra análise de fusão na área de reciclagem ocorreu em 2020 pela Comissão Européia. A comissão aprovou, após detida análise, a aquisição do Grupo Metallo, empresa relevante que atua no refino de sucata de cobre, por parte da Aurubis, maior produtor de cobre da Europa. A fusão foi cuidadosamente analisada e constatou-se que não geraria impedimento significativo para o mercado da concorrência na reciclagem do cobre. Uma parte importante da análise foi a preocupação relativa à sobreposição horizontal na compra de sucata de cobre que poderia aumentar o poder de compra da empresa resultante da fusão, o que permitiria reduzir os preços pagos aos produtores industriais da sucata de cobre que resultam de sua produção. A preocupação era que esses preços mais baixos da sucata de cobre (equivalentes a custos mais elevados para os vendedores) seriam repercutidos na forma de preços mais elevados para os consumidores finais, o que prejudicaria os incentivos à reciclagem deste subproduto.

As evidências mostraram, no entanto, que a concorrência para a compra de sucata de cobre continuaria em vigor mesmo após a fusão, considerando (i) a existência de diferentes mercados relevantes de sucata de cobre e seus usos; e (ii) a disponibilidade de fornecedores e compradores alternativos, de forma que haveria um baixo risco para a concorrência no cenário pós-concentração.

4.2. Brasil

Tão importante quanto o papel que a preocupação com a economia circular pode desempenhar na avaliação dos acordos, igualmente importante deve ser a análise da autoridade da concorrência ao aceitar as soluções, uma vez que essa transação irá moldar o mercado para os anos seguintes.

⁴⁵³ German Bundeskartellamt, Press Release, Bundeskartellamt prohibits Remondis/DSD merger, 11 July 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/11_07_2019_Remondis_DSD.html;jsessionid=22A2_DCF7ECD8A2CF38AC2B539A449E44.1_cid378?nn=3591568; Case VI-Kart 3/19 (V) before the Oberlandesgericht Düsseldorf.

Essa análise deve ser ainda mais acurada em casos que ameaçam o acesso às instalações indispensáveis ou que coloquem em risco a inovação em produtos circulares, e que podem ser corrigidos através da imposição de soluções destinadas a manter ou aumentar o nível de investimentos em economia circular. Como exemplo, é possível citar o caso brasileiro da fusão Videolar-Innova.

Em outubro de 2014, o Tribunal do Cade⁴⁵⁴ aprovou a operação entre Innova e Videolar condicionada ao cumprimento de um conjunto de medidas previstas em um ACC, acordo em controle de concentração, firmado com o órgão antitruste. As duas empresas já atuavam no setor petroquímico produzindo, entre outros produtos, poliestireno, resina plástica utilizada como insumo para diversas aplicações, como produtos descartáveis, embalagens, linha branca de eletrodomésticos e eletroeletrônicos. Pelo ACC, as petroquímicas se comprometeram, entre outras obrigações, a manter níveis mínimos de produção do poliestireno nos patamares definidos no acordo e a apresentar um plano de repasse de eficiências aos consumidores de poliestireno. O objetivo das medidas era afastar potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes da fusão.

Em julho de 2019, contudo, o Plenário do Cade decidiu pelo reconhecimento do não cumprimento da cláusula do ACC, referente à produção mínima, e determinou a revisão do ato de concentração. Inconformadas, as empresas apresentaram embargos de declaração e novos dados para mostrar que a operação teve impactos positivos para o mercado, o que foi acatado pela conselheira relatora e pela maioria do conselho.

A autoridade entendeu que é oportuna a revisão dos atos equivocados da administração pública e que o desfazimento da operação seria uma situação extremada, haja vista que trouxe eficiências para os consumidores, como, por exemplo, a empresa ter absorvido custos causados pelo aumento do dólar. A operação, portanto, foi julgada viável desde que as partes cumpram o novo ACC e a procuradoria do CADE efetivamente fiscalize. O novo acordo prevê que as empresas terão que investir um percentual do faturamento da venda de poliestireno no desenvolvimento de novos usos e aplicações ou melhorias que impliquem em maior competitividade para o setor. Além disso, as petroquímicas não poderão pedir medidas antidumping nem adquirir ou arrendar novas plantas de poliestireno por um período.

Em suma, observa-se que as autoridades buscam, quase sempre, com intervenções pontuais e minimalista, conformar soluções simples, transparentes, definitivas e exequíveis, que

⁴⁵⁴ CADE (2022) Videolar/Innova case CADE clears the acquisition of Innova by Videolar, <https://www.gov.br/cade/en/matters/news/cade-clears-acquisition-of-innova-by-videolar>.

sejam fáceis de monitorar e administrar sob a ótica do regulador, de modo a garantir o seu *enforcement*, notadamente com o fito de não desestimular práticas voltadas a promover a circularidade.

Dentro dessa lógica, há remédios e remédios e diversos acordos e soluções foram propostos, com o cuidado de não desvirtuar os incentivos das partes na operação, tampouco desequilibrar a saúde do mercado. Nesse contexto, observa-se que na análise das operações, a proporcionalidade é vetor fundamental, seja para evitar remédios que demandem mais concorrência que no cenário anterior à operação e desestimulem práticas circulares e sustentáveis, seja para evitar a imposição de medidas que não irão resolver os problemas identificados na operação. Os remédios devem ser, portanto, precisos e consistentes com o potencial efeito negativo à concorrência a ser gerado pela operação.

5. CONCLUSÃO

É inequívoca a complementariedade da concorrência e da economia circular, de modo que esta pode ser utilizada como instrumento limitador de condutas anticompetitivas daquela, a depender do contexto analisado. Embora a concorrência, *per si*, não impulse necessariamente a adoção de modelos de negócios circulares, existe a possibilidade de alinhamento significativo entre os objetivos da economia circular e os da concorrência.

Tanto a economia circular quanto a concorrência incentivam as empresas a aumentarem a eficiência dos recursos e a maximizar o valor dos fatores de produção e das matérias-primas. Na medida em que a eficiência produtiva e a utilização eficiente dos recursos naturais coincidem, a concorrência pode ser, portanto, um dos motores orgânicos da mudança para uma economia circular. Como resultado, a atividade das autoridades da concorrência pode ser uma contribuição fundamental para a transição para uma economia circular, inclusive em áreas em que a ação regulatória possa estar faltando ou ser insuficiente.

No presente artigo, foram analisados diversos casos em que o direito da concorrência interveio em práticas entre empresas, com o fim de garantir a observância não apenas da circularidade econômica, mas ao respeito da competição no mercado.

Especificamente, a política de concorrência pode apoiar a economia circular de diversas formas. De plano, as autoridades de competição podem considerar o impacto de acordos, condutas e fusões anticoncorrenciais na economia circular, assegurando que proíbam iniciativas que prejudiquem a eficiência produtiva e a concorrência. Ademais, a passagem de uma economia linear para uma economia circular também será guiada pela demanda, uma vez que

os consumidores informados optarão cada vez mais por produtos emitidos por uma economia circular e as empresas competirão cada vez mais para fornecê-los.

Assim, as autoridades antitruste podem empregar seus instrumentos para prevenir que os participantes da economia não circular obstruam a entrada de concorrentes da economia circular no mercado, seja excluindo insumos ou clientes. Isso assegura que os consumidores usufruam diretamente dos benefícios gerados pela circularidade, resultantes de diversas formas de cooperação empresarial pró-competitiva, como a padronização dos processos produtivos e acordos de pesquisa e desenvolvimento.

Durante a análise dos casos, as autoridades também desempenham um papel fundamental ao fornecer orientações específicas às empresas sobre como o direito da concorrência pode apoiar e, quando apropriado, facilitar iniciativas de acordos na economia circular. Isso inclui a emissão de diretrizes exemplificativas que destacam como colaborações pró-competitivas contribuem para os objetivos da economia circular.

Assim sendo, uma vez que tanto a economia circular quanto o direito da concorrência buscam promover a eficiência produtiva, torna-se evidente que comportamentos e transações que prejudiquem a concorrência terão impactos adversos na economia circular e, inversamente, interferências que prejudiquem a economia circular poderão ter efeitos negativos na competição. Nesse contexto, é incumbência das autoridades antitruste assegurar, durante a análise de casos específicos, como a competição, o crescimento econômico e a transição para uma economia circular podem coexistir e se estimular reciprocamente. Esse esforço é crucial, especialmente considerando que os ganhos de eficiência provenientes da circularidade são intrinsecamente pró-competitivos, e a aplicação de remédios em tais casos tem demonstrado ser eficaz para promover a concorrência.

REFERÊNCIAS

THE NETHERLANDS AUTHORITY FOR CONSUMERS AND MARKETS – ACM (2020). Press Release, ACM investigates purchasing cartel for reusable waste. Disponível em: <https://www.acm.nl/en/publications/acm-conducts-investigation-possible-buyer-cartel-involving-reusable-waste-products>. Acesso em: 7 dez 2023.

_____ (2023). Policy rule, ACM’s oversight of sustainability agreements. Competition and Sustainability. Case no. ACM/23/182143 / Document no. ACM/UIT/596876. Disponível em: <https://www.acm.nl/system/files/documents/Beleidsregel%20Toezicht%20ACM%20op%20duurzaamheidsafspraken%20ENG.pdf>. Acesso em: 29 jan 2024

AHLERS, J. et al. Analysis of Extended Producer Responsibility Schemes. 2021. Disponível em: https://adelphi.de/system/files/mediathek/bilder/adelphi_study_Analysis_of_EPR_Schemes_July_2021.pdf. Acesso em: 10 dezembro 2023.

ATHAYDE, Amanda; VERGARA, Sofia de Medeiros. A primeira condenação de acordos hub-and-spoke no Brasil e sua sinalização antitruste. Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/387485/a-primeira-condenacao-de-acordos-hub-and-spoke-no-brasil>. Acesso em: 10 dezembro de 2023.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Resolução no 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei no 8.884/94. Publicada no DOU de 28 jun. 1999. p. 3.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). MELO, Mariane Cortat Campos; ROSA, Mariana Boabaid Dacanale (Ed.). Cartilha do Cade. Brasília, 2016b. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022., p. 8.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Videolar/Innova case CADE clears the acquisition of Innova by Videolar. Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/en/matters/news/cade-clears-acquisition-of-innova-by-videolar>.

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY – CMA (2023). Green Agreements Guidance: Guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreements. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6526b81b244f8e000d8e742c/Green_agreements_guidance.pdf. Acesso em: 29 jan 2024.

Commerce Commission New Zeland - CCNZ (2023). Collaboration and Sustainability Guidelines. Disponível em: https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0033/335985/Collaboration-and-Sustainability-Guidelines-30-November-2023.pdf. Acesso em 29 jan 2024.

BROWN, D.; DILLARD, J.; MARSHALL, R. S. Triple bottom line: a business metaphor for a social construct, 2006. Disponível em: <http://www.recercat.cat/bitstream/handle/2072/2223/UABDT06-2.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 jan 2024.

DOLMANS, M. (2020), “Sustainable Competition Policy”, *Competition Law & Policy Debate*, Vol. 5-6/4-1, pp. 4-23.

ELKINGTON, J. *Sustentabilidade: canibais com garfo e faca*. São Paulo: Makron Books, 2012.

EUROPEAN COMMISSION (2023). Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements. Brussels, C(2023) 3445 final. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-07/2023_revised_horizontal_guidelines_en.pdf. Acesso em: 29 jan 2024.

_____ (2022), Press Release - Antitrust: Commission carries out unannounced inspections in the automotive sector, 15 March 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_1765; e CMA (2022), Suspected anti-competitive conduct in relation to the recycling of end-of-life vehicles, 15 March 2022, <https://www.gov.uk/cma-cases/suspected-anti-competitive-conduct-in-relation-to-the-recycling-of-end-of-life-vehicles>.

_____ (2023). Sustainability agreements in agriculture – consultation on draft guidelines on antitrust exclusion. Draft Guidelines. Disponível em: https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2023-sustainability-agreements-agriculture_en#consultation-documents. Acesso em: 29 jan 2024

FUMAGALLI, C., M. Motta and C. Calcagno (2018), *Exclusionary Practices*, Cambridge University Press, <https://doi.org/10.1017/9781139084130>.

GEISSDOERFER, M. et al. (2017), “The Circular Economy – A new sustainability paradigm?”, *Journal of Cleaner Production*, Vol. 143, pp. 757-768, <https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.12.048>.

German Bundeskartellamt, Press Release, Bundeskartellamt prohibits Remondis/DSD merger, 11 July 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/11_07_2019_Remondis_DSD.html;jsessionid=22A2DCF7ECD8A2CF38AC2B539A449E44.1_cid378?nn=3591568; Case VI-Kart 3/19 (V) before the Oberlandesgericht Düsseldorf.

GHISELLINI, Patrizia; CIALANI, Catia; ULGIATI, Sergio (2016). A review on circular economy: the expected transition to a balanced interplay of environmental and economic systems. *Journal of Cleaner production*, v. 114, p. 11-32.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE - ICC (2023). Taking the chill factor out of climate action A progress report on aligning competition policy with global sustainability goals. Disponível em: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2022/11/2023-ICC-Progress-report-on-aligning-competition-policy-with-global-sustainability-goals.pdf>. Acesso em: 29 jan 2024.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY - IEA (2021). The Role of Critical Minerals in Clean Energy Transitions. Disponível em: <https://www.iea.org/reports/the-role-of-critical-minerals-in-clean-energy-transitions>. Acesso em: 6 dezembro 2023.

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO - AGCM (2022). A544 – Erion WEEE, Condotte Anticoncorrenziali. Disponível em: <https://www.agcm.it/dettaglio?db=41256297003874BD&uid=6AD18FE62F7ECF1DC125884400438182&view=&title=A544-ERION%20WEEE/CONDOTTE%20ANTICONCORRENZIALI&fs=Abuso%20di%20posizione%20dominante>. Acesso em: 6 dez 2023.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION (2023). Guidelines Concerning the Activities of Enterprises, etc. Toward the Realization of a Green Society Under the Antimonopoly Act. Disponível em: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2023/March/230331.html>. Acesso em: 29 jan 2024.

KIRCHHERR, Julian; REIKE, Denise; HEKKERT, Marko (2017). Conceptualizing the circular economy: An analysis of 114 definitions. *Resources, conservation and recycling*, v. 127, p. 221-232.

MACARTHUR, Ellen et al (2013). Towards the circular economy. *Journal of Industrial Ecology*, v. 2, n. 1, p. 23-4

MACMILLAN, R. (2019). Competition for-the-market: Enforcement issues with concession contracts. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)12/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)12/en/pdf). Acesso em: 6 dezembro 2023.

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy*, Cambridge University Press. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/cbo9780511804038>; OECD (2023). *Competition in the Circular Economy*. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>. Acesso em: 4 dezembro 2023. pp. 28-29.

OECD (2016), *Extended Producer Responsibility: Updated Guidance for Efficient Waste Management*, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264256385-en>.

OECD (2019). *Material Resources, Productivity and the Environment*. OECD Green Growth Studies. OECD Publishing. Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264190504-en>. Acesso em: 7 dezembro 2023.

OECD (2021), *Environmental Considerations in Competition Enforcement*.

OECD (2023). Competition in the Circular Economy. Disponível em:
<https://www.oecd.org/competition/competition-in-the-circular-economy.htm>.

SERAFIMOVA, M. and J. Hörnig (2023), “Circular supply chains - Where the need for coordination meets competition law”, *European Journal of Consumer Law* 1, pp. 69-85.

Swedish Competition Authority (2020), Press Release, The termination of a contract with a competitor did not constitute an abuse of a dominant position, 28 January 2020, <https://www.konkurrensverket.se/en/news/the-termination-of-a-contract-with-a-competitor-did-not-constitute-an-abuse-of-a-dominantposition/>; Swedish Competition Authority (2020), Press Release, Continued Competition in the Recycling Industry, 21 January 2019, <https://www.konkurrensverket.se/en/news/continued-competition-in-the-recycling-industry/>.

TIROLE, J. Socially Responsible Agencies. 2022. Disponível em:
https://www.tsefr.eu/sites/default/files/TSE/documents/doc/by/tirole/socially_responsible_agencies_071222.p df. Acesso em: 10 dezembro de 2023.

UK CMA, Electric Vehicle Charging Market Study - Final Report, 23 July 2021, <https://www.gov.uk/government/publications/electric-vehicle-charging-market-study-final-report/final-report>; UK CMA, Press Release, CMA to open up electric vehicle charging competition on motorways, 17 November 2021, <https://www.gov.uk/government/news/cma-to-open-upelectric-vehicle-charging-competition-on-motorways>.

VELENTURF, A. and P. Purnell (2021), “Principles for a sustainable circular economy”, *Sustainable Production and Consumption*, Vol. 27, pp. 1437-1457, <https://doi.org/10.1016/J.SPC.2021.02.01>

11. ANÁLISE EMPÍRICA DE MEDIDAS PREVENTIVAS APLICADAS PELO CADE: A NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO ENTRE ANTITRUSTE E REGULAÇÃO

12. EMPIRICAL ANALYSIS OF PREVENTIVE MEASURES APPLIED BY CADE: THE NECESSARY HARMONIZATION BETWEEN ANTITRUST AND REGULATION

*Priscila Honório Evangelista
Vívian Santos Marques Severino*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Interação entre a lei das agências reguladoras e órgãos de defesa da concorrência. 3. Medidas preventivas no Direito da Concorrência e sua aplicabilidade. 4. Análise das medidas preventivas aplicadas pelo CADE. 4.1 Análise quantitativa. 4.2. Análise qualitativa: estudo de casos. 4.2.1. Cade, Antaq e o caso do THC24.2.2. Cade, Anatel e a regulação da infraestrutura essencial 4.2.3. Cade, ANS e as cooperativas de saúde5. Conclusão

PALAVRAS-CHAVE: Defesa da concorrência; Medidas preventivas; Regulação estatal

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar um estudo quantitativo e qualitativo sobre a aplicação de medidas preventivas pelo Cade em setores regulados pelas agências reguladoras federais elencadas na Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras). A hipótese da pesquisa é a de que em setores regulados o Cade faria menor intervenção quando comparado com os demais setores da economia, tendo em vista que as agências reguladoras regulam, monitoram e acompanham as práticas de mercado de seus agentes regulados, conforme seu dever legal. A seleção da amostra se deu por meio de consulta no Sistema de Busca de Jurisprudência do Cade. Foram levantados 37 processos com tramitação entre janeiro de 2021 e novembro de 2023 que tiveram algum pedido de medida preventiva. A hipótese do estudo foi confirmada ao observar-se que o Cade, com base na amostra estudada, proporcionalmente, defere menos medidas preventivas aos setores regulados do que aos setores não regulados. Partindo dos achados da pesquisa quantitativa, foi realizada uma análise qualitativa exploratória em alguns dos casos a fim de avaliar se o relacionamento entre os dois órgãos tem se dado de forma harmonizada para que se tenha a plena promoção da ordem concorrencial em setores tão estratégicos e delicados da economia brasileira. Identificou-se que, apesar dos esforços das agências reguladoras e dos órgãos de defesa da concorrência, ainda há espaço para ampliar essa cooperação entre as partes.

ABSTRACT: This article aims to present a quantitative and qualitative study on the application of interim measures by Cade in sectors regulated by federal regulatory agencies listed in Law 13.848/2019 (Regulatory Agencies Law). The research hypothesis is that in regulated sectors, Cade would intervene less when compared to other sectors of the economy, given that regulatory agencies regulate, monitor, and follow the market practices of their regulated agents, according to their legal duty. The sample selection was made through a search in Cade's Jurisprudence Search System. 37 processes were identified between January 2021 and November 2023 with some request for interim measures. The study hypothesis was confirmed by observing that Cade, based on the studied sample, proportionally grants fewer interim measures to regulated sectors than to non-regulated sectors. Based on the findings of the quantitative research, an exploratory qualitative analysis was carried out in some of the cases to evaluate whether the relationship between the two bodies has been harmonized to fully

promote the competitive order in such strategic and delicate sectors of the Brazilian economy. It was identified that, despite the efforts of regulatory agencies and competition defense bodies, there is still room to expand this cooperation between the parties.

KEYWORDS: Competition defense; Preventive measures; State regulation

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, reservou ao Estado competência minimalista de intervenção no domínio econômico, repudiando qualquer forma dirigista, conforme previsto no art. 149, CF. Um dos fundamentos da Ordem Econômica do Brasil é o princípio da livre iniciativa cumulado com o princípio do valor social do trabalho. Ressalta-se que o princípio da livre iniciativa não é absoluto e pode ser ponderado na regulação de mercado.

Em meados da década de 90, o Governo brasileiro deparou-se com a necessidade otimizar a estrutura regulatória. Buscava torná-la suficientemente plástica para, de modo ágil, acompanhar a acelerada evolução da atividade econômica. Fazia-se, então, necessária a criação de instituições capazes de promover a regulação de fenômenos econômicos sensíveis e dinâmicos, a fim de garantir o satisfatório e eficiente funcionamento de setores regulados, com o fito de assegurar a proteção dos interesses públicos.

Conforme disposto no art. 174, CF, o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica. Neste sentido, a regulação é uma das modalidades de intervenção do Estado na Economia. A regulação estatal e as agências reguladoras desempenham um papel fundamental na busca pelo equilíbrio entre a liberdade econômica e a proteção do interesse público. A regulação refere-se ao conjunto de regras e normas estabelecidas pelo governo para orientar o comportamento das organizações e indivíduos em determinadas áreas. Por outro lado, as agências reguladoras são entidades independentes criadas para implementar e fazer cumprir essas regulamentações de forma eficiente e imparcial.

As agências reguladoras são órgãos responsáveis por certos setores da economia, garantindo o cumprimento de normas e padrões estabelecidos. Essas agências têm a responsabilidade de equilibrar os interesses dos consumidores, das empresas do setor regulado e do governo, visando promover a eficiência, a transparência e a equidade nas atividades econômicas.

A criação de agências reguladoras é uma resposta à necessidade de controlar e monitorar setores que possuem características particulares, como os serviços públicos

essenciais, infraestrutura crítica e indústrias com forte impacto na economia e no bem-estar da população. Alguns exemplos comuns de setores regulados por agências incluem energia, telecomunicações, transportes e saúde.

Nessa toada, foi promulgada a Lei 13.848/2019 (também conhecida como Lei das Agências Reguladoras) para melhor desenhar esta estrutura. Esta Lei dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, alterando as leis setoriais e enumerando as onze agências reguladoras federais objeto da disciplina unificada sobre o seu processo decisório. Dessa maneira é a lição de Aranha:

A Lei das Agências Reguladoras também manteve as características garantidoras da autonomia das agências reguladoras próprias aos seus marcos regulatórios setoriais e reafirmou, com o requinte de eximi-las da tutela ministerial, a afirmação de que a agência reguladora, agora como categoria jurídica geral, é caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos⁴⁵⁵.

As atividades de regulação econômica estão intrinsecamente relacionadas à salvaguarda da concorrência e à promoção de um mercado pró-competitivo. Dessa maneira, a criação de agências reguladoras setoriais possui grande importância na promoção da livre concorrência e da defesa ao consumidor.

É de grande valia frisar que essa regulação normativa, por vezes, tem impacto na dinâmica concorrencial do setor regulado. Ressalta-se que para concretizar o princípio da livre concorrência, previsto no inciso IV do Artigo 170, CF, foi promulgada a Lei 12.529/11 (A Lei de Defesa da Concorrência). Esta lei prevê sobre a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) faz parte do SBDC, é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado.

Dessa maneira, as medidas preventivas são um instrumento de intervenção estatal que podem ser usadas pelos órgãos de defesa da concorrência em situações de urgência, sempre que aguardar o curso normal dos processos possa comprometer a dinâmica concorrencial de um determinado mercado.

O presente artigo tem por objetivo apresentar um estudo quantitativo e qualitativo sobre a aplicação de medidas preventivas pelo Cade em setores regulados pelas agências

⁴⁵⁵ ARANHA, Marcio Iorio. Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório, Londres: Laccademia Publishing, 2022, p. 324.

reguladoras federais elencadas na Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras). A hipótese da pesquisa é a de que em setores regulados o Cade faria menor intervenção quando comparado com os demais setores da economia, tendo em vista que as agências reguladoras regulam, monitoram e acompanham as práticas de mercado de seus agentes regulados, conforme seu dever legal.

Para a seleção da amostra, optou-se por analisar todos os processos do Cade⁴⁵⁶ que tiveram alguma movimentação documental⁴⁵⁷ entre janeiro de 2021 e novembro de 2023 conforme pode ser observado no Apêndice A. Optou-se por fazer esse corte temporal para contemplar os últimos dois anos de tramitação processual no Cade, período em que as interações entre as Agências Reguladoras e Cade, previstas na Lei 13.848/2019, já estariam em vigor. Na pesquisa foram identificados 75 processos. Desses, apenas 45 continham, de fato, algum pedido de medida preventiva solicitado pelas partes envolvidas em alguma instância. Os detalhes da seleção da amostra serão abordados na seção 3.1, que trata da análise quantitativa.

Por meio desses dados realizou-se uma avaliação quanto ao percentual médio de aplicação de medida preventiva pelo Cade nos setores regulados comparado com os demais setores da economia. Na sequência, foram levantados quais setores regulados sofreram as medidas preventivas e com que frequência. Ainda do ponto de vista quantitativo, examinou-se os percentuais de casos em que o Cade inicialmente concedeu medida preventiva, mas no decorrer do trâmite processual concluiu pelo arquivamento do processo (possíveis casos de erro do tipo 1 ou *overenforcement*) e os casos em que o Cade não concedeu medida preventiva, mas posteriormente decidiu pela existência de infração à ordem econômica (possíveis casos de erro tipo 2 ou *underenforcement*). Ressalta-se a possibilidade de ocorrência dos erros e não a certeza, pois o fato de não ter tido medida preventiva e mesmo assim ter tido a condenação, não quer dizer que houve *underenforcement*, porque não é todo caso de condenação que tem que ter medida preventiva, já que para concessão de medida preventiva precisa ter os requisitos fundamentais preenchidos. Os dois casos foram contrastados entre os setores regulados e demais setores da economia.

Posteriormente, realizou-se uma análise qualitativa da atuação do Cade nos setores regulados e sua relação com a atuação das agências reguladoras a fim de avaliar se o relacionamento entre os dois órgãos tem se dado de forma harmonizada para que se tenha a

⁴⁵⁶ Inquéritos Administrativos (IA), Processos Administrativos (PA), Procedimentos Preparatórios (PP), Atos de Concentração (AC) e Recursos Voluntários (RV).

⁴⁵⁷ O critério padrão de busca do “Sistema de Busca de Jurisprudência do Cade” é informar os documentos mais recentes gerados pelo Cade (Notas Técnicas, Votos, Pareceres) que contenham o termo pesquisado.

plena promoção da ordem concorrencial em setores tão estratégicos e delicados da economia brasileira.

Diante do exposto, vamos apresentar o trabalho em quatro seções. A primeira abordará sobre a Interação entre a Lei das Agências Reguladoras e Órgãos de Defesa da Concorrência. A segunda irá tratar sobre Medidas Preventivas no direito concorrencial e sua aplicabilidade. A terceira irá abordar a Análise das Medidas Preventivas aplicadas pelo Cade e será dividida em duas subseções: 3.1) Análise quantitativa; 3.2) Análise qualitativa: estudo de casos. Ao final, será apresentada a conclusão.

2. INTERAÇÃO ENTRE A LEI DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E ÓRGÃOS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A Lei 13.848/2019 elenca todas as agências reguladoras federais existentes, além de destacar que ela vincula também todas as agências que forem criadas posteriormente. Sendo assim, esta lei dispõe sobre a gestão, organização, processo decisório e controle social das agências reguladoras, aplicando-se estritamente às agências federais, como Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).

O Capítulo III, composto pelos artigos 25 a 28, dispõe sobre a interação entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência. Com o objetivo de promover a concorrência e a eficácia na implementação da legislação da defesa da concorrência nos mercados, as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência devem atuar em cooperação, privilegiando a troca de experiências.

As agências reguladoras devem monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, seguindo o que está previsto na Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência).

Os órgãos de defesa da concorrência:

- a) são responsáveis pela aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, obrigando-se a:
 - analisar atos de concentração;
 - instaurar e instruir processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.
- b) poderão solicitar às agências reguladoras pareceres técnicos relacionados a seus setores de atuação. Esses pareceres serão utilizados como subsídio à análise de atos de concentração e à instrução de processos administrativos.

Ao tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, a agência reguladora deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis.

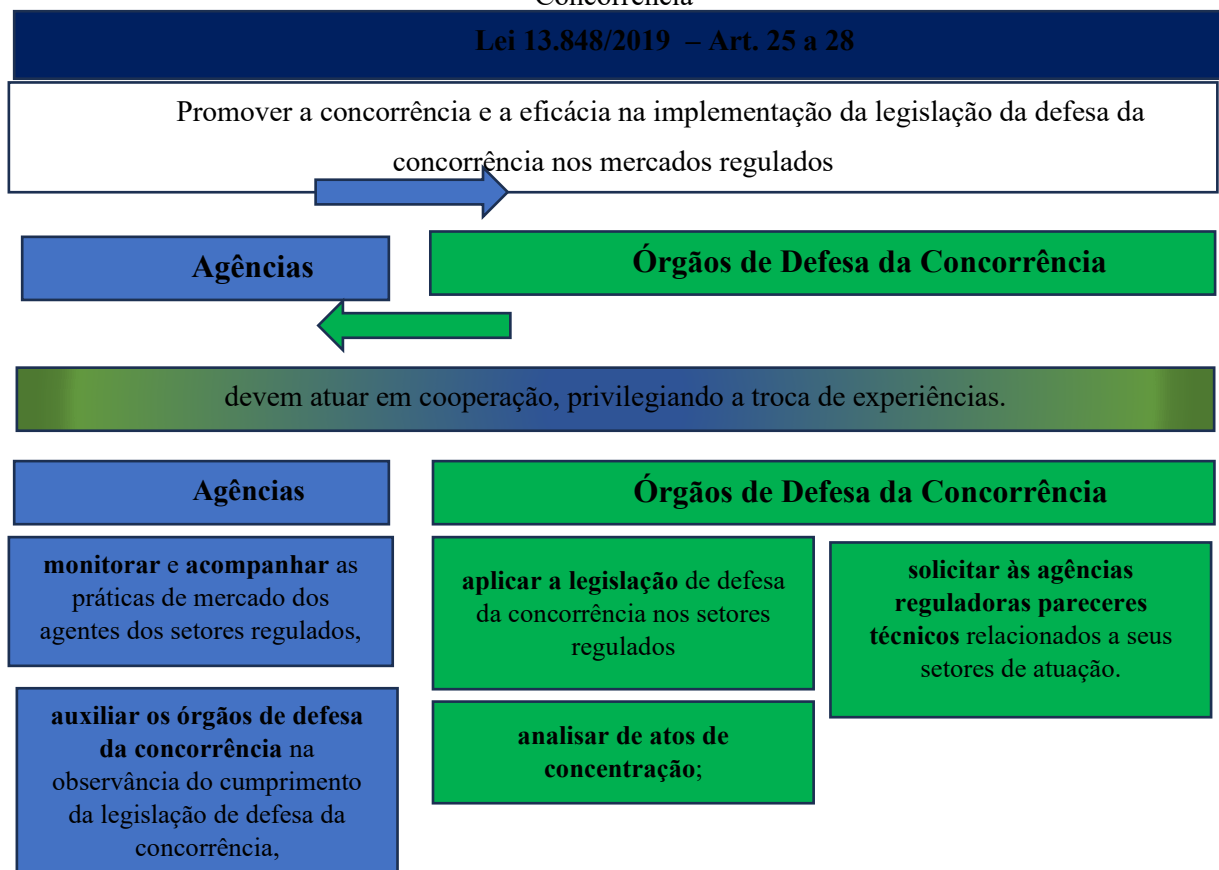
Para que sejam adotadas as providências legais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade):

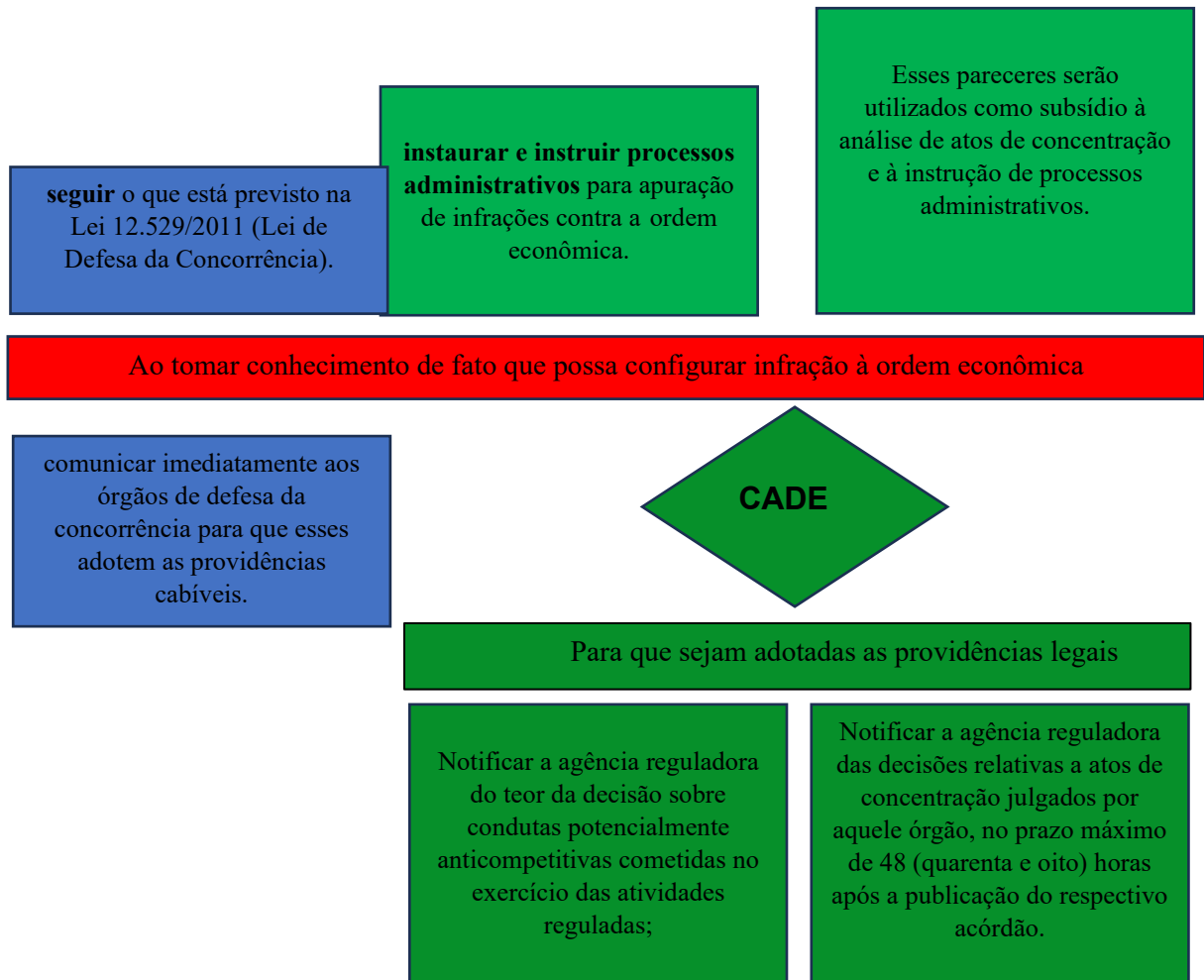
- a) notificará a agência reguladora do teor da decisão sobre condutas potencialmente anticompetitivas cometidas no exercício das atividades reguladas;
- b) notificará a agência reguladora das decisões relativas a atos de concentração julgados por aquele órgão, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas após a publicação do respectivo acórdão.

Ressalta-se que temas de regulação econômica são atribuições do legislador e do regulador setorial. Entretanto, a autoridade de defesa da concorrência, tem a prerrogativa de emitir pareceres sobre essas e outras temáticas, desempenhando assim seu papel fundamental na promoção da concorrência.

A atuação do regulador e da autoridade de concorrência deve ser complementar para que quando a matéria for regulada e trazer questão concorrencial, o regulador possa subsidiar a autoridade concorrencial para que esta decida com a plenitude das informações técnicas setoriais.

Figura 1: Esquema Interação entre a Lei das Agências Reguladoras X Órgãos de Defesa da Concorrência





Fonte: **Elaboração própria**

2. MEDIDAS PREVENTIVAS NO DIREITO CONCORRENCIAL E SUA APLICABILIDADE

O artigo 798 do Código de Processo Civil dispõe sobre o poder geral de cautela do juiz e prevê a permissão para que este determine as medidas provisórias que julgar adequadas, além das enumeradas nos procedimentos cautelares específicos, desde que haja fundado receio de lesão grave e de difícil reparação a direito, antes do julgamento da lide.

As medidas preventivas no direito concorrencial têm a finalidade de prevenir danos irreparáveis ou de difícil reparação enquanto uma investigação mais aprofundada está em andamento. Essas medidas são aplicadas antes mesmo de uma decisão definitiva sobre a existência de infrações à ordem econômica, demonstrando a natureza preventiva e proativa do sistema.

Os requisitos fundamentais para aplicação legal de medidas preventivas são: a) *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), que é a existência de probabilidade de determinada conduta

ser anticompetitiva; e b) *periculum in mora* (perigo da demora), que é a urgência da medida preventiva para se evitar a continuidade de um dano já verificado ou iminente.

Além dos requisitos fundamentais, as medidas preventivas devem seguir os princípios gerais das medidas preventivas no direito concorrencial, quais sejam: temporariedade, reversibilidade, adaptabilidade, imediatidade, eficácia, proporcionalidade e temporariedade⁴⁵⁸.

Dessa maneira, os critérios para aplicação legal de medidas preventivas estão previstos no inciso VI, do art. 9º, no inciso XI do art. 13, e §§ 1º e 2º do artigo 84 da Lei 12.529/2011. Neste sentido, entende Carvalhosa *et al*:

Afirma o art. 84 da Lei da Concorrência que, em qualquer fase do inquérito administrativo ou do processo administrativo poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o Representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado, ou torne ineficaz o resultado final do processo. A medida objetivará a imediata cessação da prática alegadamente anticoncorrencial ou, em sendo materialmente possível, o retorno ao status quo ante (art. 84, § 1º, da Lei Concorrencial)⁴⁵⁹.

Vale ressaltar que as medidas preventivas no direito concorrencial devem ser proporcionais à gravidade da conduta investigada e serem aplicadas de maneira a garantir que não ocorram efeitos prejudiciais desnecessários. Além disso, essas medidas têm o propósito de assegurar a efetividade do processo, não prejulgando a culpabilidade das partes envolvidas.

No âmbito do direito concorrencial, o equilíbrio na aplicação das medidas preventivas é crucial para garantir a eficácia das políticas antitruste, evitando tanto o *overenforcement* quanto o *underenforcement*. Estes termos referem-se, respectivamente, à aplicação excessiva ou insuficiente das medidas cautelares pelas autoridades de concorrência. Sobre esse assunto, leciona Athayde *et al*:

Sendo as medidas preventivas um instrumento de política pública indispensável para a proteção da concorrência em situações de urgência, o desafio das autoridades antitruste ao redor do mundo é evitar o emprego excessivo de tais medidas (*overenforcement*) e, por outro lado, sua subutilização (*underenforcement*). No primeiro caso, as autoridades enfrentam os chamados erros do tipo 1, dando-se lugar a falsos positivos, ou seja, situações em que a medida preventiva não era devida e mesmo assim foi aplicada. No segundo caso, um excesso de conservadorismo levaria aos chamados erros do tipo 2, ou falsos negativos, em que uma medida preventiva era cabível e necessária, mas deixou de ser aplicada. A preservação da ordem concorrencial exige equilíbrio e parcimônia no uso do poder associado às medidas preventivas, de modo a se evitar o *overenforcement*, mas também de não deixar de

⁴⁵⁸ ATHAYDE, Amanda; CHACCUR, Cristianne; FERREIRA; Jackson. Medidas preventivas no antitruste no Brasil: critérios-chave de aplicação, princípios gerais e aspectos de política à luz da experiência recente do Cade. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 9-24, 2023.

⁴⁵⁹ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros *et al* (Orgs.), *Tratado de direito empresarial*, 2ª edição revista. São Paulo, SP, Brasil: Thomson Reuters, 2018, p.877.

adotar suficientemente essas medidas em razão de um conservadorismo excessivo que poderia levar à ineficácia da tutela antitruste⁴⁶⁰.

Desse modo, devem ser observados os princípios da temporariedade, reversibilidade e adaptabilidade e da proporcionalidade, uma vez que são fundamentais para ponderar a aplicação de medidas preventivas, a sua devida duração e as possíveis modulações no decurso do tempo, com o fito de reduzir a probabilidade de erros do tipo 1 e tipo 2.

3. ANÁLISE DAS MEDIDAS PREVENTIVAS APLICADAS PELO CADE

2.1. Análise quantitativa

Tendo em vista a hipótese da presente pesquisa, foi realizada uma pesquisa no Sistema de Busca de Jurisprudência do Cade para identificar todos os processos do Cade⁴⁶¹ que tiveram alguma movimentação documental⁴⁶² entre janeiro de 2021 e novembro de 2023, conforme pode ser observado no Apêndice A. Optou-se por fazer esse corte temporal para contemplar os últimos dois anos de tramitação processual no Cade, período em que as interações entre as Agências Reguladoras e Cade, previstas na Lei 13.848/2019, já estariam em vigor.

Na pesquisa foram identificados 75 processos. Desses, apenas 45 continham, de fato, algum pedido de medida preventiva solicitado pelas partes envolvidas em alguma instância.

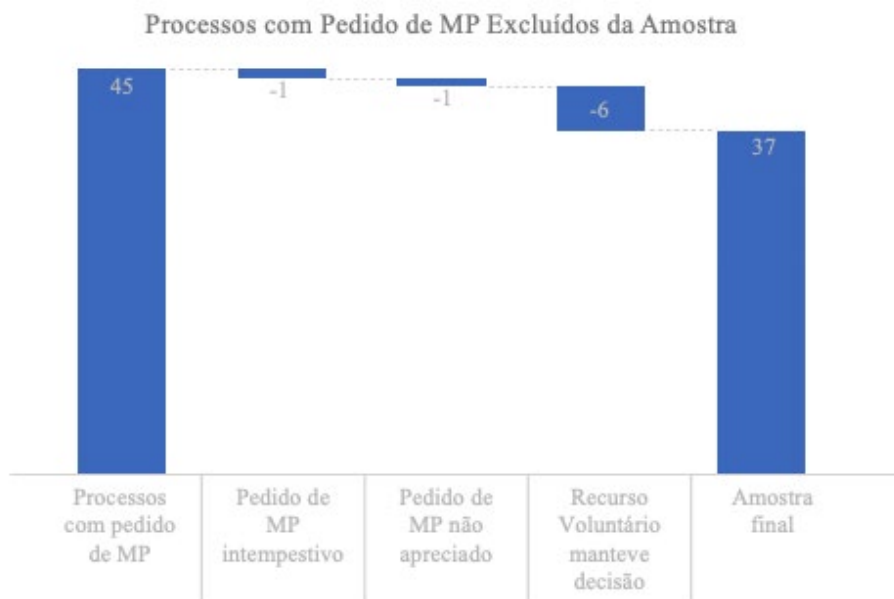
Dos 45 processos, 9 foram excluídos da base por não contribuírem diretamente com o propósito da pesquisa: 1 processo continha um pedido de medida preventiva ainda não apreciado; 1 processo continha um pedido de medida preventiva, mas foi suspenso, pois houve requerimento de TCC; 1 processo continha um pedido de medida preventiva que foi considerado intempestivo; e 6 processos eram recursos voluntários em que a decisão original do Cade foi mantida.

⁴⁶⁰ ATHAYDE, Amanda; CHACCUR, Cristianne; FERREIRA; Jackson. Medidas preventivas no antitruste no Brasil: critérios-chave de aplicação, princípios gerais e aspectos de política à luz da experiência recente do Cade. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 9-24, 2023.

⁴⁶¹ Inquéritos Administrativos (IA), Processos Administrativos (PA), Procedimentos Preparatórios (PP), Atos de Concentração (AC) e Recursos Voluntários (RV).

⁴⁶² O critério padrão de busca do “Sistema de Busca de Jurisprudência do Cade” é informar os documentos mais recentes gerados pelo Cade (Notas Técnicas, Votos, Pareceres) que contenham o termo pesquisado.

Figura 2: Processos com Pedido de Medidas Preventivas (MP) Excluídos da Amostra



Fonte: Elaboração Própria

Ressalta-se que do total de 12 recursos tempestivos, o Cade alterou⁴⁶³ (em segunda instância) sua decisão original quanto à imposição ou não de medida preventiva em metade dos casos.

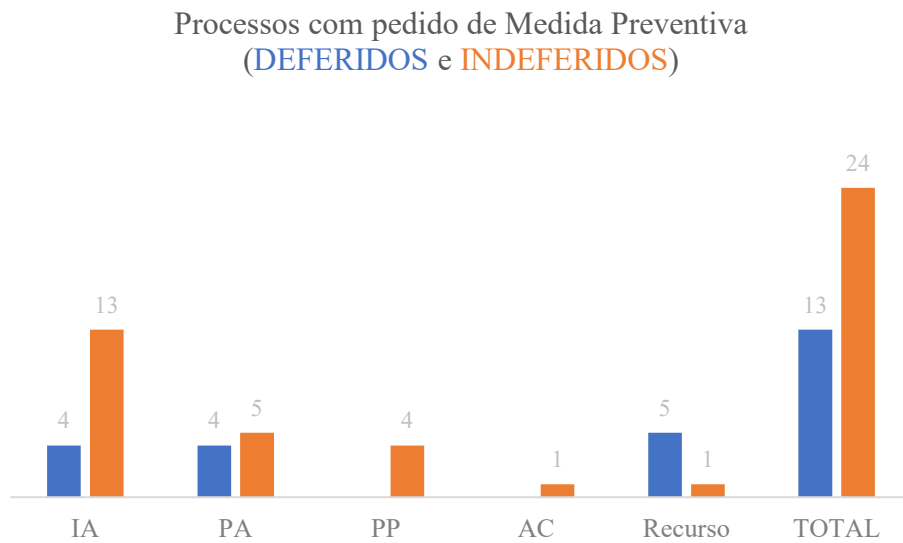
Com isso, restaram 37 processos envolvendo pedido de medida preventiva. Desse total, 17 são Inquéritos Administrativos (IA), 9 são Processos Administrativos (PA), 4 Procedimentos Preparatórios (PP), 1 se refere a Ato de Concentração (AC) e 6 estão relacionados com Recurso Voluntário.

⁴⁶³ Conforme previsto no art. Art. 84 da Lei 12.529/2011: Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

(...)

§ 2º Da decisão que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo.

Figura 3: Processos com pedido de Medida Preventiva tramitados no Cade (2021-2023)



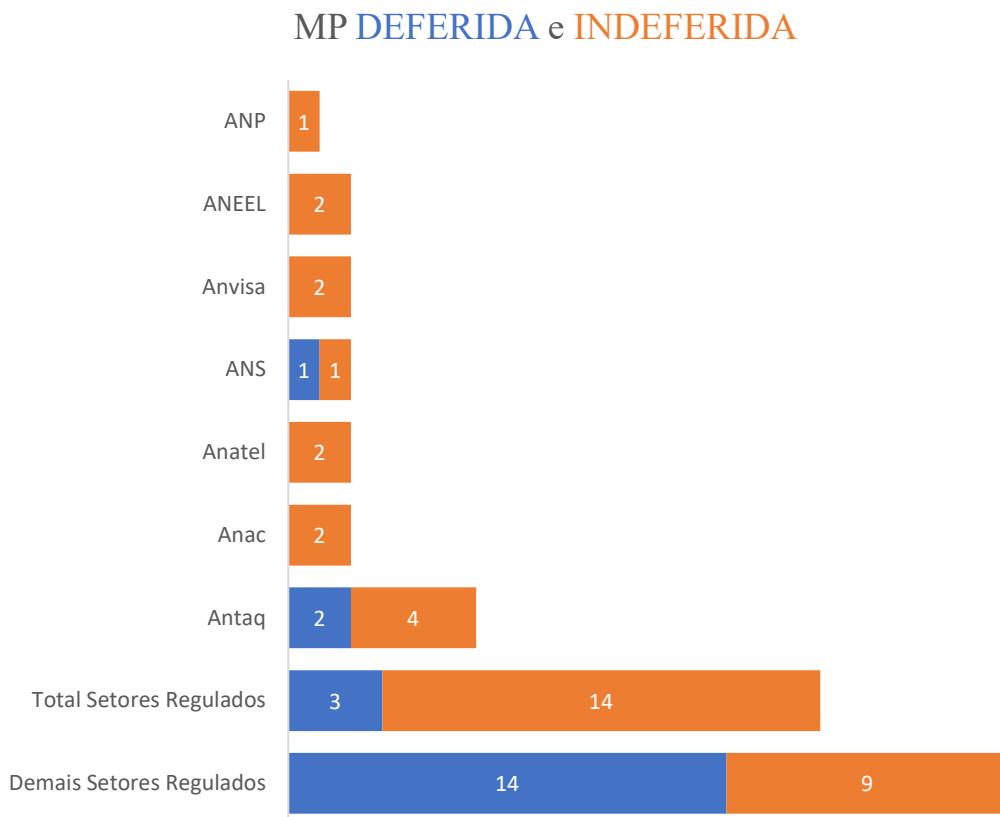
Fonte: Elaboração própria

Esses processos foram segmentados entre processos relacionados com setores regulados, conforme Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) e processos envolvendo os demais setores.

Os 17 processos envolvendo setores regulados estavam relacionados com 7 das 11 agências listadas na Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras), resultando em uma média de 2,4 processos por agência, com destaque para a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, contabilizando 6 processos. O caso da ANTAQ será apreciado de forma pormenorizada na seção seguinte, onde será realizada uma avaliação qualitativa de alguns casos.

Dos 37 processos que compõem a base de dados, 17 são de setores regulados e 20 dos demais setores. Isso indica que, do ponto de vista das requisições de medidas preventivas ao órgão antitruste, há uma distribuição percentual equilibrada entre os dois tipos de setores. Entretanto, quando os processos são analisados sob a perspectiva da atuação do Cade, ou seja, do ponto de vista do percentual de deferimento e indeferimento de medidas preventivas, identifica-se uma atuação mais conservadora quando o pedido está relacionado com setores regulados. O Cade concedeu medida preventiva apenas em 18% das solicitações envolvendo setores regulados, enquanto nos demais setores esse percentual foi de 53%.

Figura 4: Medidas Preventivas Deferidas e Indeferidas por tipo de Setor



Fonte: Elaboração Própria

Enfatiza-se que, dos 3 pedidos deferidos envolvendo os setores regulados, apenas 1 foi concedido pela Superintendência-Geral (SG). Os outros 2 foram deferidos pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica em sede de recurso voluntário. Tais fatos corroboram a hipótese inicial da presente pesquisa de que o Cade faria uma menor intervenção nos setores regulados, uma vez que tais setores já são monitorados e acompanhados pelo regulador setorial.

Para finalizar a análise quantitativa, examinou-se um indicativo de emprego excessivo de medidas preventivas, ou sua subutilização, por parte do Cade no período estudado, e se houve divergência dessas práticas entre os dois tipos de setores objeto da análise.

Para estimar se houve emprego excessivo de medidas preventivas, foram classificados como *overenforcement* os processos em que houve deferimento da medida preventiva, mas posteriormente o processo foi arquivado pelo órgão de defesa da concorrência por não ter se identificado infração à ordem econômica. A ocorrência de *overenforcement* é indesejada pois, a depender do grau de intervenção da medida preventiva, pode ser irreversível restabelecer a dinâmica concorrencial após sua revogação.

Foram classificados como *underenforcement* os casos em que houve indeferimento da medida preventiva, mas posteriormente o Cade decidiu condenar a ação investigada. Uma postura muito conservadora por parte do órgão antitruste também não é desejada, pois a não intervenção estatal pode agravar a dinâmica competitiva, reforçando o poder de mercado de agentes que praticam infrações contra a ordem econômica e no limite eliminando rivais.

Para estimar esses percentuais eliminou-se da base de dados 12 processos com *status* “em andamento” e 1 processo com *status* “instauração de inquérito” por se tratar de processos ainda sem decisão final no Cade, restando 24 processos.

Figura 5: *Overenforcement* e *Underenforcement* envolvendo Medidas Preventivas (2021-2023)

	Setor Regulado		Demais Setores	
	MP Deferida	MP Indeferida	MP Deferida	MP Indeferida
Arquivamento		8		5
Condenação	1	2	4	
Em andamento				
Decisão Judicial	1			
TCC			3	
TOTAL	2	10	7	5

	<i>Overenforcement</i>
	<i>Underenforcement</i>

Fonte: Elaboração Própria

Dos casos avaliados como possível ocorrência de *overenforcement*, não foram identificados processos arquivados. Entretanto, a demora em dar uma decisão que pode ser contrária às medidas impostas cautelarmente também pode acarretar os mesmos inconvenientes para a dinâmica concorrencial que os decorrentes dos erros do tipo 1 ou do tipo 2.

A título exemplificativo, apurou-se o tempo transcorrido desde o deferimento da medida preventiva nos 4 processos com *status* “em andamento”.

Quadro 1 – Tempo transcorrido desde o deferimento da MP (Processos em andamento)

Processo	Partes Envolvidas	Mercados Envolvidos	Data da MP	Tempo Transcorrido
08000.019160/2010-14	Sindicato da Indústria Audiovisual do Estado de São Paulo (SIAESP) versus Sindicato dos Artistas e Técnicos em Espetáculos de Diversões no Estado de São Paulo (SATED)	Mercado de trabalho de dubladores profissionais	16/12/2021	24 meses
08700.002066/2019-77	Cade versus Itaú e Rede	Serviços bancários	24/07/2019	53 meses
08700.003430/2023-01	Associação dos Intermediários Digitais de Jogos Lotéricos (AIDIGILOT) versus Caixa Econômica Federal (CEF) e Federação Brasileira das Empresas Lotéricas (FEBRALOT)	Lotéricas	16/08/2023	4 meses
08700.004116/2023-37	Unimed Goiânia versus Hospitais de Alta Complexidade do Estado de Goiás (AHPACEG)	Planos de Saúde	12/09/2023	3 meses

Fonte: Elaboração Própria

O processo envolvendo Itaú Unibanco e Redecard decorre de uma investigação aberta pelo Cade relativa aos mercados de credenciamento e captura de transações e serviços bancários. A investigação buscou apurar a ocorrência de suposto abuso de posição dominante das partes pela prática das supostas condutas de preço predatório, subsídios cruzados e venda casada. Em 24/7/2019, a SG do Cade aplicou medida preventiva para que as partes deixassem de exigir a cessação da exigência de domicílio bancário no Itaú para que os clientes da Rede tivessem acesso à liquidação de suas vendas no crédito à vista em 5 dias úteis, retirassem todas as peças publicitárias sobre tal prática e comunicassem os clientes sobre a não exigência. Dois meses depois, o Tribunal do Cade confirmou parcialmente a medida provisória afirmando que a não exigência de domicílio no Itaú se aplicaria para os novos clientes. Em 7/11/2022, passados mais de três anos da primeira decisão, a SG concluiu aplicando a regra da razão que não havia elementos para condenar as partes. O processo está em apreciação pelo Tribunal do Cade desde então. Vale ressaltar que é possível que se avenge a possibilidade de *overenforcement* neste caso, mas também deve-se levar em consideração a possibilidade de a medida preventiva ter sido tão eficaz que depois não foi observado efeito negativo.

Sobre os casos avaliados como possível *underenforcement* foram encontrados 2 processos (20% dos casos) nos setores regulados e nenhum processo nos demais setores. Esse comportamento pode corroborar com a hipótese de que o órgão de defesa da concorrência parece adotar um perfil mais conservador ao lidar com setores regulados. Os dois casos identificados serão apreciados de forma mais detalhada na seção seguinte.

Pela análise quantitativa, observou-se que a hipótese de que se teria uma menor imposição de medidas preventivas por parte do Cade em setores regulados se confirmou. Entretanto, o motivo pelo qual o Cade tem atuado em menor magnitude em setores regulados não parece estar relacionado com uma possível harmonização entre as funções de

monitoramento e acompanhamento dos mercados que órgão antitruste e agência reguladora compartilham. Na próxima seção, será realizada uma avaliação qualitativa para investigar possíveis causas dessa desarmonia.

2.2. Análise qualitativa: estudo de casos

Destaca-se que as discussões apresentadas a seguir possuem objetivo mais qualitativo que quantitativo e que os casos foram selecionados com o propósito de ilustrarem algumas suposições adiantadas acima.

2.2.1. Cade, Antaq e o caso do THC2

Como observado acima, 6 dos 17 processos envolvendo apreciação de pedidos de medida preventiva em setores regulados estão relacionados com a ANTAQ. Entrando no detalhe de cada um dos processos, identifica-se que todos tratam do caso da cobrança do serviço de segregação e entrega – SSE ou “*terminal handling charge*” – THC2. Trata-se de uma tarifa extra cobrada pelos operadores portuários para o transporte dos contêineres até o armazém.

O Cade, desde 2005, havia consolidado jurisprudência no sentido de que a cobrança de THC2 era indevida por representar aumento arbitrário no custo do rival, a saber os prestadores de serviços de armazenagem de contêineres que se encontram a jusante do mercado de transporte de contêineres. Destaca-se que o operador portuário também atua no mercado de armazenagem de contêineres, mas somente cobra THC2 de usuários que armazenam seus contêineres em prestadores de serviço de armazenagem concorrentes.

Do ponto de vista regulatório, havia uma Resolução 2.389/2012 da ANTAQ que não proibía a cobrança da tarifa extra. O Tribunal de Contas da União – TCU determinou que a ANTAQ regulamentasse os termos da cobrança de tal tarifa. O órgão regulador publicou nova Resolução 34/2019 estabelecendo os valores máximos da tarifa.

A partir de então, a SG do Cade passou a emitir decisões no sentido de que não caberia ao Cade questionar o entendimento da agência reguladora, que seria o ente competente para regular a prestação das atividades portuárias e, por conseguinte, definir o escopo dos serviços prestados quando necessário. A jurisprudência de condenação do Cade em casos de THC2 ocorreu em contexto regulatório distinto, quando havia um vácuo regulatório sobre tais definições. Assim, a partir da nova regulamentação da ANTAQ, a cobrança da tarifa extra não

seria considerada indevida. Tanto a Procuradoria do Cade, como posteriormente o Tribunal do Cade foram contrários à decisão da SG e condenaram a cobrança da taxa.

Em 2019, o TCU realizou auditoria para analisar os principais gargalos para liberação de carga containerizada na importação nos portos marítimos e determina que a ANTAQ, mais uma vez, proceda a revisão da regulamentação de THC2. Segundo o voto da Ministra Ana Arraes "o TCU não pode definir qual deve ser a solução do problema, mas deve exigir que o regulador defina soluções para problemas de sua competência".

Em sequência, a ANTAQ aprovou Resolução 72/2022 que, mais uma vez é apreciada pelo TCU, por uma denúncia acerca de supostas irregularidades no processo de regulamentação da taxa extra. Em 2023, o TCU conheceu da denúncia e determinou que o regulador anule todos os dispositivos da resolução que tratam da THC2 em face do desvio de finalidade consubstanciado na afronta ao que estabelece o artigo 36, incisos I e IV da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), entre outras legislações setoriais.

Para completar o enredo, o tema também é tratado pelo judiciário, com decisão do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF.

Sobre o caso do STJ, em 2023, os ministros da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não conheceram do recurso, mantendo a cobrança da taxa de segregação e entrega de contêineres (THC2). Manteve-se o entendimento de que a segregação e movimentação de contêineres não é prevista no contrato de concessão como serviço básico de movimentação (horizontal), podendo haver cobrança da THC2 sob pena de haver enriquecimento imotivado do contribuinte.

Sobre o caso no STF, não foi possível levantar maiores informações, apenas de que o STF está indo na direção de proibir a cobrança da taxa extra.

Voltando para a apreciação dos processos contendo pedidos de medidas preventivas, dos 6 processos analisados relativos ao setor de transportes aquaviários, 3 ainda estão em andamento, 1 foi um recurso voluntário em que o Cade concedeu a medida preventiva até que o processo original seja julgado, 1 está com a decisão de condenação do Cade suspensa em virtude de decisão judicial e outro teve a condenação da cobrança já com trânsito em julgado.

Ressalta-se que o processo em que a condenação vigora é um dos casos de *underenforcement* identificado na seção anterior. Trata-se do processo 08700.005499/2015-51, em que Atlântico e Suata apresentam Representação com pedido de medida preventiva contra Tecon Suape contra a cobrança do THC2. É bom frisar que a petição inicial é de 2/6/2015. Apenas em 11/9/2018, a SG instaura Processo **Administrativo, mas indefere o pedido de**

medida preventiva solicitado pelas Requerentes. Em 19/2/2021 houve a condenação da Representada por infração à ordem econômica decorrente da cobrança do THC2.

Uma maior interação entre o regulador setorial, que conhece as especificidades técnicas e econômicas do setor, e o órgão antitruste, que tem o domínio das práticas prejudiciais à concorrência, podem evitar que casos como esse se prolonguem e traspassem para outros agentes. A cobrança do THC2 parece ser um caso clássico de regulação de interoperabilidade para concessão de acesso a uma facilidade essencial. Tanto na regulação econômica como no antitruste são encontrados inúmeros precedentes em que há regulamentação dos termos técnicos e das condições comerciais para viabilizar esse acesso, inclusive por meio de preços orientados a custos, a fim de evitar a prática de preços abusivos ou eliminação de rivais.

A lição aprendida com os presentes casos é que, ainda que a ANTAQ possua a competência legal para monitorar e acompanhar o mercado de transportes aquaviários, este tema tem sido foco de discussões por agentes externos, a saber, o Tribunal de Contas da União (TCU) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

É de grande valia frisar que este caso envolve várias e diferentes instâncias e que é uma discussão ainda sem desfecho claro. Ademais, a colaboração e harmonização entre Cade e ANTAQ é cada vez mais desejável.

2.2.2. Cade, Anatel e a regulação da infraestrutura essencial

Conforme apontado anteriormente, o outro caso de *underenforcement* é o processo nº 08700.011835/2015-02 em que a BT Brasil apresenta Representação com pedido de medida preventiva ao Cade alegando prática anticompetitiva por parte da Claro, Oi e Telefônica por formarem consórcio para eliminar a competição em diversas licitações de órgãos da administração pública federal. Por se tratar de Representação que versa sobre suposta conduta anticompetitiva, o caso foi levado para apreciação do Cade e não do órgão regulador (Anatel).

Cabe destacar que a BT Brasil era um braço da British Telecom (prestadora de serviços de telecomunicações incumbente no Reino Unido) no Brasil. Era uma prestadora de serviços de telecomunicações focada em serviços de transmissão de dados a clientes corporativos, enquanto Claro, Oi e Telefônica fazem parte dos maiores grupos econômicos de telecomunicações do Brasil. Nos termos da regulamentação da Anatel, BT Brasil é considerada prestadora de pequeno porte e Claro, Oi e Telefônica, são prestadoras que fazem parte de grupo detentor de poder de mercado significativo. Essa diferenciação do ponto de vista regulatório é

relevante, pois segundo regulamentação do órgão regulador, prestadoras de pequeno porte gozam de flexibilidade regulatória concorrencial, consumerista e de qualidade. As prestadoras detentoras de poder de mercado significativo, por sua vez, possuem regras regulatórias mais pesadas.

O pedido de medida preventiva foi apresentado em 1/12/2015 e indeferido pela SG em 07/01/2016 por entender não haver elementos suficientes para concedê-la, tendo em vista que os dados apresentados e a necessária análise de mérito ainda são incipientes, sendo necessário, primeiramente, colher manifestações e informações.

Em 5/3/2021, passados mais de 5 anos, a SG encaminhou o processo ao Tribunal do Cade recomendando a condenação das Representadas. Em 18/5/2022, o Tribunal decidiu, por unanimidade, condenar as Representadas.

Frisa-se que em 1/10/2020 a British Telecom se desfez de seus ativos no Brasil.

A despeito de Cade e Anatel possuírem acordo de cooperação e desde a Lei 13.848/2019 (Lei das Agências Reguladoras) terem o dever legal de atuar em estreita cooperação, privilegiando a troca de experiências, não foram encontrados nos autos rastros de que tal cooperação ocorreu de forma formal.

Questiona-se se, havendo uma cooperação mais ativa entre órgão antitruste e órgão regulador, os casos não seriam instruídos e julgados com maior celeridade em benefício da dinâmica competitiva do setor e de seus consumidores.

2.2.3. Cade, ANS e as cooperativas de saúde

Como apresentado anteriormente, no rol de processos analisados há 2 processos envolvendo o setor de planos de saúde regulado pela ANS: processo nº 08700.004968/2020-81 e processo nº 08700.004116/2023-37. No primeiro processo, houve indeferimento da medida preventiva e o processo segue em andamento. No segundo processo, houve deferimento da medida preventiva e o processo segue em andamento.

No primeiro caso, tem-se um indício de conduta de recusa de contratar por parte da Unimed João Pessoa contra a Clim Hospital e Maternidade. A Representante argumenta que foi descredenciada de forma imotivada pela Representada. Informa ainda que a Unimed João Pessoa detém participação de mercado de aproximadamente 54% dos planos de saúde e que seria verticalizada, atuando por meio de hospital próprio no mercado relevante de serviços de

maternidade. A petição é de 16/10/2020. A SG indeferiu o pedido de medida preventiva em 27/12/2021 e instaurou um inquérito administrativo que segue em instrução.

No segundo caso, a Unimed de Goiânia entrou com Representação contra a Associação dos Hospitais Privados de Alta Complexidade do Estado de Goiás – AHPACEG por suposta conduta concertada no mercado de prestação de serviços hospitalares no município de Goiânia. Conforme já apontado, o deferimento se deu há apenas 3 meses. A SG determinou, dentre outros pontos, que a AHPACEG se abstenha de praticar quaisquer condutas que tenham por objetivo ou efeito obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme entre os hospitais ou prestadores de serviços médico-hospitalares que atuam na cidade de Goiânia com vistas a interferir nas negociações de valores ou condições de contrato com as operadoras de planos de saúde

Ressalta-se que nos dois casos temos o envolvimento de uma cooperativa, no primeiro caso atuando como Representada e no segundo caso, como Representante. No primeiro processo houve indeferimento da medida preventiva e no segundo processo houve deferimento. Em nenhum dos casos parece ter tido o envolvido da ANS por parte do Cade.

3. CONCLUSÃO

A hipótese do estudo foi confirmada ao observar-se que o Cade, considerando-se a análise realizada com os processos que tiveram alguma movimentação documental entre janeiro de 2021 e novembro de 2023 com pedido de medida preventiva, proporcionalmente, defere menos medidas preventivas aos setores regulados do que aos setores não regulados.

Após a avaliação qualitativa de alguns casos, percebe-se que, apesar dos esforços das agências reguladoras e dos órgãos de defesa da concorrência, ainda há espaço para ampliar essa cooperação entre as partes.

É desejável que se tenha a cooperação entre o Cade e as agências reguladoras. Ressalta-se que o Cade já tem demonstrado essa harmonização com os acordos de cooperação realizados com todas as agências reguladoras. Contudo, foi observado que é difícil para o público externo verificar essa interação na prática.

Talvez o que falta seja a edição de ato normativo para melhorar as formas dessa cooperação e realmente ter mais efetividade na prática, ou maior transparência de como tem sido os esforços para essa cooperação entre órgãos antitruste e as agências reguladoras na prática, ou, de forma menos burocrática e mais simples, iniciar-se um processo estreito de

intercâmbio de experiências e informações entre os técnicos dos dois órgãos. Assim, regulados e consumidores serão os grandes beneficiários desse intercâmbio.

Neste sentido, como pesquisas futuras, seria recomendável que se expandisse a análise para que se tivesse maior grau de confiança nas informações ou maior detalhamento dos casos, como verificar qual o teor de cada medida preventiva e se ela tinha relação ao possível efeito no caso de arquivamento ou de condenação.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). **Resolução nº 2.389**, de 13 de fevereiro de 2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). **Resolução nº 27**, de 30 de março de 2022.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. Londres: Laccademia Publishing, 2022.

ATHAYDE, Amanda; CHACCUR, Cristianne; FERREIRA, Jackson. **Medidas preventivas no antitruste no Brasil: critérios-chave de aplicação, princípios gerais e aspectos de política à luz da experiência recente do Cade**. v. 11, n. 1, p. 9-24. Brasília: Revista de Defesa da Concorrência, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jun. 2023.

BRASIL. **LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm>. Acesso em: 30 jan. 2024.

BRASIL. **LEI Nº 13.848, DE 25 DE JUNHO DE 2019**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113848.htm>. Acesso em: 30 jan. 2024.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros et al (Orgs.). **Tratado de direito empresarial**. 2. ed. rev. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Tribunal Administrativo. **Processo Administrativo nº 08700.011835/2015-02**. Conselheira Relatora: Paula Azevedo. Julgado em 9 de fevereiro de 2022. Publicado em 16 de fevereiro de 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Tribunal Administrativo. **Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51**. Conselheiro Relator:

Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em 3 de fevereiro de 2021. Publicado em 10 de fevereiro de 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Processo Administrativo nº 08700.007396/2016-14**. Em andamento.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Processo Administrativo nº 08700.007049/2018-45**. Em andamento.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Tribunal Administrativo. **Recurso Voluntário nº 08700.004935/2020-31**. Conselheiro Relator: Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em 18 de novembro de 2020. Publicado em 25 de novembro de 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Processo Administrativo nº 08700.003945/2020-50**. Em andamento.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Processo Administrativo nº 08700.004968/2020-81**. Em andamento.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Processo Administrativo nº 08700.004116/2023-37**. Em andamento.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Tribunal Administrativo. **Recurso Voluntário nº 08700.004943/2020-88**. Conselheiro Relator: Luis Henrique Bertolino Braido. Julgado em 18 de novembro de 2020. Publicado em 25 de novembro de 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 10ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. 1ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

KNAFLIC, Cole Nussbaumer. **Storytelling com dados: um guia sobre visualização de dados para profissionais de negócios**. 2. ed. Alta Books Editora, 2019.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARQUES, Floriano de Azevedo. “Regulação sectorial e autoridade antitruste – A importância da independência do regulador”. **Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro**. São Paulo, Max Limonad, 2002 (pp. 95-118).

OECD (2022). **Interim Measures in Antitrust Investigations**, OECD Competition Policy Roundtable Background Note. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/interim-measures-in-antitrust-investigations.htm>>. Acesso em: 08 dez. 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari; NUSDEO, Ana Maria de Oliveira (Orgs.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. Imprensa: São Paulo, Método, 2011.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 1704/2018 -TCU-Plenário**. Julgado em 25 de julho de 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão 1448/2022-TCU-Plenário**. Julgado em 22 de junho de 2022.

APÊNDICE A

Quadro: Relação de processos com pedido de Medida Preventiva tramitados no Cade (2021-2023)

PROCESSO	TIPO	AGÊNCIA	STATUS	SITUAÇÃO
08000.019160/2010-14	Finalístico: Processo Administrativo	-	EM ANDAMENTO	DESPACHO SG
08700.005499/2015-51	Finalístico: Processo Administrativo	ANTAQ	CONDENAÇÃO	INDEFERIDO
08700.011835/2015-02	Finalístico: Processo Administrativo	ANATEL	CONDENAÇÃO	INDEFERIDO
08700.007396/2016-14	Finalístico: Processo Administrativo	ANTAQ	EM ANDAMENTO	INDEFERIDO
08700.004318/2018-11	Finalístico: Inquérito Administrativo	-	EM ANDAMENTO	INDEFERIDO
08700.006268/2018-15	Finalístico: Inquérito Administrativo	-	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.005969/2018-29	Finalístico: Processo Administrativo	-	CONDENAÇÃO	DESPACHO SG
08700.007049/2018-45	Finalístico: Processo Administrativo	ANTAQ	EM ANDAMENTO	INDEFERIDO
08700.006146/2019-00	Finalístico: Processo Administrativo	-	EM ANDAMENTO	INDEFERIDO
08700.002164/2019-12	Finalístico: Procedimento Preparatório	ANVISA	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.005131/2019-16	Finalístico: Inquérito Administrativo	ANAC	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.001653/2019-49	Finalístico: Inquérito Administrativo	ANAC	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.004019/2019-68	Finalístico: Inquérito Administrativo	ANEEL	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.002066/2019-77	Finalístico: Processo Administrativo	-	EM ANDAMENTO	DESPACHO SG
08700.000989/2019-94	Finalístico: Recurso Voluntário	-	CONDENAÇÃO	DESPACHO CADE
08700.005805/2020-16	Finalístico: Apuração de Ato de Concentração	ANATEL	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.000735/2020-18	Finalístico: Procedimento Preparatório	ANEEL	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.004935/2020-31	Finalístico: Recurso Voluntário	ANTAQ	DECISÃO JUDICIAL SUSPENDE MP	DESPACHO CADE
08700.004588/2020-47	Finalístico: Inquérito Administrativo	-	TCC	DESPACHO SG

Comércio Internacional e Concorrência – Vol. VI (2024).

08700.003945/2020-50	Finalístico: Inquérito Administrativo	ANTAQ	EM ANDAMENTO	INDEFERIDO
08700.004136/2020-65	Finalístico: Inquérito Administrativo	-	TCC	DESPACHO SG
08700.004968/2020-81	Finalístico: Inquérito Administrativo	ANS	EM ANDAMENTO	INDEFERIDO
08700.004943/2020-88	Finalístico: Recurso Voluntário	ANTAQ	CONDENAÇÃO	DESPACHO CADE
08700.002535/2020-91	Finalístico: Processo Administrativo	-	TCC	DESPACHO SG
08700.003994/2020-92	Finalístico: Recurso Voluntário	-	CONDENAÇÃO	DESPACHO CADE
08700.002863/2020-98	Finalístico: Procedimento Preparatório	-	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.005875/2021-55	Finalístico: Recurso Voluntário	-	INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO	INDEFERIDO
08700.003048/2021-27	Finalístico: Procedimento Preparatório	-	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.001893/2021-68	Finalístico: Inquérito Administrativo	ANVISA	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.001571/2022-08	Finalístico: Inquérito Administrativo	ANP	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.001797/2022-09	Finalístico: Inquérito Administrativo	-	EM ANDAMENTO	INDEFERIDO
08700.001031/2022-16	Finalístico: Inquérito Administrativo	-	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.001992/2022-21	Finalístico: Inquérito Administrativo	-	EM ANDAMENTO	INDEFERIDO
08700.002142/2022-40	Finalístico: Inquérito Administrativo	-	ARQUIVADO	INDEFERIDO
08700.005936/2022-65	Finalístico: Recurso Voluntário	-	CONDENAÇÃO	DESPACHO CADE
08700.003430/2023-01	Finalístico: Inquérito Administrativo	-	EM ANDAMENTO	DESPACHO SG
08700.004116/2023-37	Finalístico: Inquérito Administrativo	ANS	EM ANDAMENTO	DESPACHO SG

Fonte: Elaboração própria

12. LIGANDO OS PONTOS DO ANTITRUSTE: ALGORITMOS E SEUS POTENCIAIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS

13. CONNECTING THE DOTS OF ANTITRUST: ALGORITHMS AND THEIR POTENTIAL ANTI-COMPETITIVE EFFECTS

Sofia de Medeiros Vergara

SUMÁRIO: 1. Introdução / 2. Interfaces entre Algoritmos e Concorrência / 3. Funções desempenhadas por Algoritmos e potenciais efeitos anticompetitivos a ele associados / 3.1. Algoritmos de preço (*pricing*) / 3.2 Algoritmos de pesquisa (*search*) / 3.3 Algoritmos de recomendação (*recommendation*) / 3.4 Algoritmos alocação (*allocation*) / 3.5 Algoritmos de vigilância ou monitoramento (*surveillance or monitoring*) / 3.6 Algoritmos de comunicação (*communication*) / 3.7 Algoritmos de filtragem (*filters*) / 3.8 Algoritmos de produção de informação (*information production*) / 4. Conclusões

RESUMO: O presente artigo propõe-se a explorar os potenciais riscos concorrenciais associados a diferentes tipos de algoritmos, examinando suas funcionalidades predominantes e delineando as principais preocupações indicadas pela doutrina, relatórios especializados e autoridades antitruste. São individualmente analisados algoritmos de preço, pesquisa, recomendação, alocação, vigilância e monitoramento, comunicação, filtragem, produção de informação. Conclui-se que a compreensão acerca do modo de operacionalização desses algoritmos é essencial para que o direito antitruste possa enfrentar de maneira efetiva o desafio regulatório que advém da revolução tecnológica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito da Concorrência; Algoritmos; Inteligência Artificial; Efeitos Anticompetitivos

ABSTRACT: This article aims to explore the potential competitive risks associated with different types of algorithms, examining their predominant functionalities and outlining key concerns indicated by doctrine, specialized reports, and antitrust authorities. Algorithms for pricing, search, recommendation, allocation, surveillance and monitoring, aggregation, communication, filtering, information production, prediction, and scoring are individually analyzed. To facilitate the visualization of risks, a summary table is presented at the end of the article. It concludes that understanding the operationalization of these algorithms is essential for antitrust law to effectively address the regulatory challenge arising from the technological revolution.

KEYWORDS: Competition Law; Algorithms; Artificial Intelligence; Anticompetitive Effects

1. INTRODUÇÃO

Embora o conceito de algoritmo não seja algo novo, tal concepção ganhou especial destaque nos últimos anos, com a ascensão do debate sobre os ambientes digitais. Observou-se que recentes melhorias no poder computacional e na disponibilidade de dados permitiram que

estes executassem algumas operações complexas com mais eficiência, trazendo ganhos substanciais para empresas e consumidores.

Não há como não reconhecer as diversas eficiências e efeitos pró-competitivos proporcionados pela aplicação de algoritmos ao mercado, por exemplo: a capacidade de reduzir custos de produção, através de processos de produção melhorados; a possibilidade de inovação disruptiva, que resulta em produtos novos e mais eficientes; a redução de barreiras à entrada, na medida em que possibilitam que novos entrantes desenvolvam produtos disruptivos a custos mais baixos; e a otimização dos processos de escolha e estratégias de mercado, equilibrando de forma mais eficiente a oferta e a demanda, a redução do poder do vendedor, a partir do momento que dá ao consumidor maior acessibilidade à informação e ferramentas para comparação de preço⁴⁶⁴.

É certo que tais algoritmos vem imbuídos com a promessa de trazer confiabilidade e objetividade para procedimentos de outra forma incertos, trabalhosos e/ou demorados⁴⁶⁵, contudo, especialmente por se tratar, na grande maioria das vezes, de modelos disruptivos, que por vezes escapam aos enquadramentos regulatórios existentes, não se pode deixar de considerar os impactos que causam no mercado como um todo.

Sobre o assunto, a *Competition and Markets Authority* (CMA), do Reino Unido, destaca que o olhar voltado apenas para os benefícios não permite enxergar o quadro completo da situação⁴⁶⁶. Trata-se, portanto, de um constante limiar entre os incentivos a inovação e a necessidade de regulação, que permeia a preocupação com o chamado *overregulation*, quando um excesso de regras e regulamentos tem o efeito contrário ao pretendido e acabam por desincentivar os agentes de mercado na busca por inovação

Entende-se que o conhecimento e a compreensão acerca da operacionalização, do processo de tomada de decisões e como estas são aplicadas em cada tipo e função desempenhada por um algoritmo é imprescindível para que o direito concorrencial possa acompanhar os fenômenos algorítmicos no mercado, a fim de responder aos potenciais efeitos anticompetitivos que se colocam face à rapidez e disruptividade da revolução tecnológica, sem

⁴⁶⁴ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>; EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Virtual Competition: The promise and perils of the algorithm-driven economy. Harvard University Press. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, No. 9, 2016

⁴⁶⁵ Mazzotti, Massimo. Algorithmic life. In. Los Angeles Review of Books, 2017.

⁴⁶⁶ CMA, Competition & Markets Authority. Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers, 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers>.

criar obstáculos à inovação. Nesse sentido, este artigo buscará responder e mapear, de forma didática, quais os riscos concorrenciais associados a cada um dos tipos e funções algorítmicas.

Para tanto, o Capítulo 2 tratará de sedimentar algumas bases conceituais necessárias para a compreensão do funcionamento algorítmico, definindo o conceito de algoritmo e inteligência artificial (IA), bem como os mecanismos utilizados para sua operacionalização. Neste capítulo também será apresentado um quadro geral da interface entre a aplicação de algoritmos no mercado e o direito da concorrência, indicando de forma breve algumas das medidas que vem sendo tomadas pelas autoridades concorrenciais para endereçar eventuais riscos.

No capítulo 3, embasando-se em listas de funcionalidades algorítmicas predominantes no mercado, apresentada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁴⁶⁷ e pela autoridade concursal holandesa (*authority for consumers and markets – ACM*)⁴⁶⁸, serão realizadas considerações sobre o funcionamento e potenciais riscos associados aos algoritmos de preço (3.1), pesquisa (3.2), recomendação (3.3), alocação (3.4), vigilância e monitoramento (3.5), comunicação (3.6), filtragem (3.7), produção de informação (3.8). Ao final, serão apresentadas conclusões.

2. INTERFACES ENTRE ALGORITMOS E CONCORRÊNCIA

Como ressaltam Ezrachi e Stucke⁴⁶⁹, as inovações tecnológicas – e aqui englobo os algoritmos que as operacionalizam – não são nem boas nem ruins, e tampouco são neutras. Com efeito, ao mesmo tempo em que são capazes de gerar inúmeros efeitos pró-competitivos, os algoritmos também sujeitam o mercado a potenciais distorções, de forma que a sua natureza dependerá da aplicação que lhe é destinada pela empresa, bem como do design e funções a ele atribuídos, como se detalhará melhor no próximo capítulo.

Muito se falou até agora sobre as diversas possibilidades de aplicação dos algoritmos, bem como da tensão entre seus potenciais efeitos pró e anticompetitivos, mas afinal, o que são algoritmos? É o que passo a explicar nesse capítulo.

⁴⁶⁷ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁴⁶⁸ ACM, Authority for Consumers and Markets. Oversight of algorithms. Position paper, 2020. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf>.

⁴⁶⁹ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Virtual Competition: The promise and perils of the algorithm-driven economy. Harvard University Press. Journal of European Competition Law & Practice, Vol. 7, No. 9, 2016

De acordo com a OCDE⁴⁷⁰, um algoritmo é essencialmente uma sequência de operações que transforma uma entrada (input) em uma saída (output), com uma amplitude de funções que podem ser desempenhadas. Os algoritmos podem ser classificados com base em suas funcionalidades – como é o caso dos algoritmos que serão analisados neste artigo, a saber algoritmos de preço, pesquisa, recomendação, alocação, vigilância e monitoramento, comunicação, filtragem, produção de informação. Podem também ser classificados por tipo de tecnologia, sendo os mais comuns e os que geram as maiores preocupações concorrenciais os de inteligência artificial.

No cenário legislativo brasileiro, o Projeto de Lei nº 2339/2023, que dispõe sobre o uso de inteligência artificial, define sistemas de IA como sendo:

[...] sistema computacional, com graus diferentes de autonomia, desenhado para inferir como atingir um dado conjunto de objetivos, utilizando abordagens baseadas em aprendizagem de máquina e/ou lógica e representação do conhecimento, por meio de dados de entrada provenientes de máquinas ou humanos, com o objetivo de produzir previsões, recomendações ou decisões que possam influenciar o ambiente virtual ou real⁴⁷¹.

Em síntese, um sistema de inteligência artificial é um software que pode, para um determinado conjunto de objetivos definidos por um ser humano, gerar resultados como conteúdo, recomendações, decisões ou previsões, com capacidade de influenciar os ambientes com os quais interagem⁴⁷².

Outrossim, muitos sistemas de IA aplicam o chamado *machine learning* (aprendizado de máquina) em seus procedimentos. O *machine learning* é usado principalmente para algoritmos que, usando dados de treinamento, extraem padrões e relacionamentos com base nos quais um modelo é gerado ou ajustado. Trata-se de um subcampo específico da IA que busca criar máquinas inteligentes através de algoritmos que aprendem interativamente com dados e experiência, seja essa aprendizagem supervisionada, não supervisionada ou por reforço.⁴⁷³

⁴⁷⁰ OCDE. Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, 2017. Disponível em: <https://web.archive.org/2019-02-17/449397-Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>; OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁴⁷¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 2339/2023. Dispõe sobre o uso de Inteligência Artificial. Autoria do Senador Rodrigo Pacheco. 2023

⁴⁷² COMISSÃO EUROPEIA. Artificial Intelligence Act. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council: Laying down harmonized rules on artificial intelligence and amending certain union legislative acts. Brussels, 21.4.2021. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

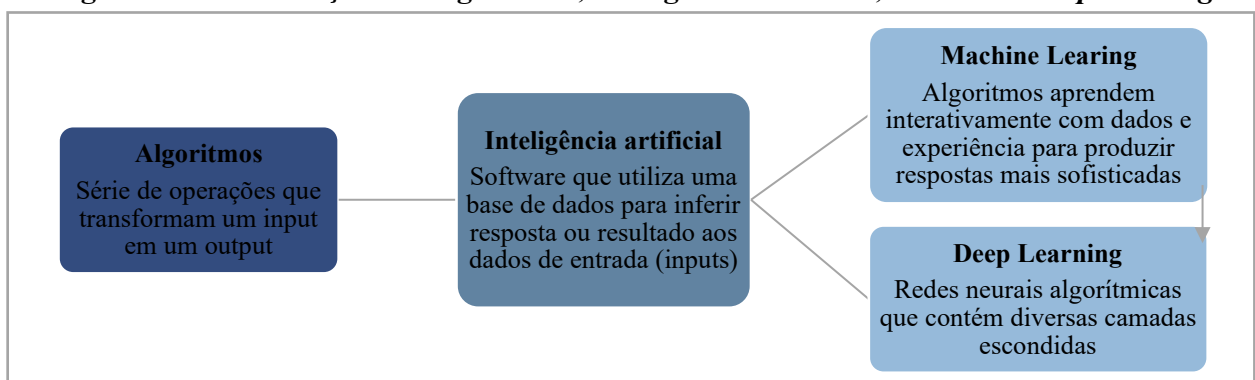
⁴⁷³ ACM, Authority for Consumers and Markets. Oversight of algorithms. Position paper, 2020. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf>.

Aprofundando e complexificando ainda mais os sistemas de inteligência artificial, temos o *deep learning* (aprendizagem profundo), um subcampo do *machine learning* que busca replicar os neurônios do cérebro humano a partir de uma rede neural artificial, que consiste em uma camada de entrada, que sinaliza camadas ocultas de neurônios para finalmente apresentar a resposta na camada de saída. O termo *deep learning* é usado especificamente para aquelas redes neurais que contém diversas camadas escondidas⁴⁷⁴.

Contudo, como destaca a OCDE⁴⁷⁵, esse recurso dificulta a compreensão acerca dos recursos utilizados pelo modelo e a forma como este tomou a decisão, reduzindo a interpretabilidade, a transparência e a explicabilidade. A falta de compreensão gera maiores incertezas na avaliação dos riscos que podem representar, dificultando o trabalho das autoridades regulatórias.

Em síntese, algoritmo é um conceito amplo, que engloba tanto operações mais simples como procedimentos mais sofisticados de inteligência artificial, esses por sua vez que envolvem técnicas de *machine* e *deep learning*, conforme resumiu-se na figura abaixo:

Figura 1 - Classificações de algoritmos, inteligência artificial, *machine* e *deep learning*



Fonte: Elaboração própria (2023)

Para o direito antitruste, os algoritmos ganham relevância a partir do momento em que são aplicados pelas empresas aos mercados em que se inserem. Sobre as áreas de interseção entre algoritmos e concorrência, a ACM, autoridade antitruste holandesa, frisou que são

⁴⁷⁴ ACM, Authority for Consumers and Markets. Oversight of algorithms. Position paper, 2020. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf>.

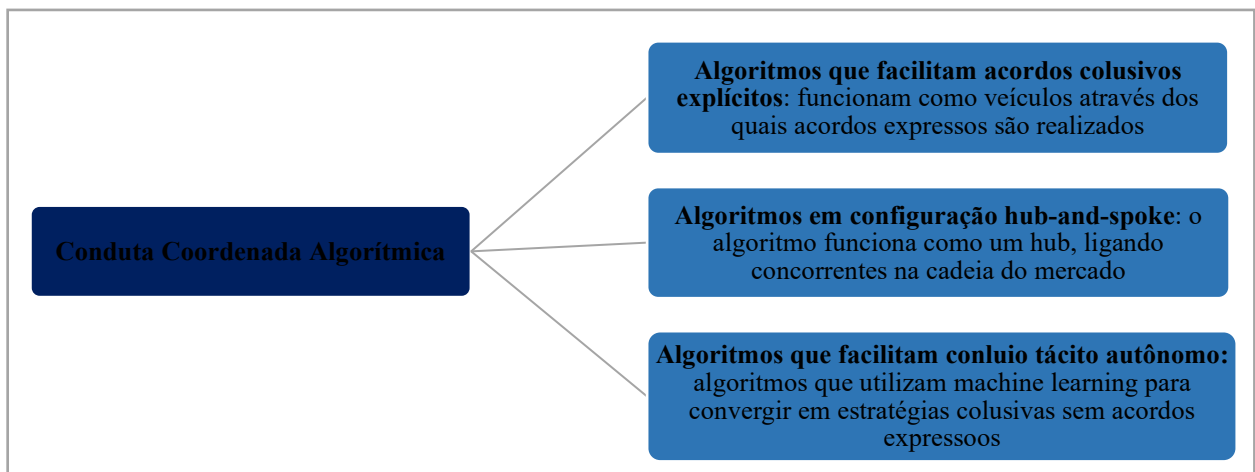
⁴⁷⁵ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

relevantes as aplicações algorítmicas que implicam em efeitos para o consumidor e para os agentes de mercado⁴⁷⁶.

A fim de endereçar as preocupações concorrenciais decorrentes de aplicação de algoritmos ao mercado, a doutrina e autoridades antitruste se voltaram à consolidação de teorias algorítmicas do dano. A fim de delimitar as bases que serão consideradas para a evidenciação dos riscos associados a cada tipo de algoritmo, cumpre apresentar uma visão geral acerca das teorias do dano, que serão mais bem detalhadas quando aplicadas às funcionalidades concretas no Capítulo 3.

A OCDE divide as teorias em dois grandes conjuntos de práticas anticompetitivas: a conduta coordenada algorítmica e a conduta unilateral algorítmica⁴⁷⁷. Cada um desses conjuntos é destrinchado em práticas específicas pelo relatório especializado e doutrina, sendo as principais condutas as seguintes

Figura 2 – Condutas coordenadas algorítmicas⁴⁷⁸



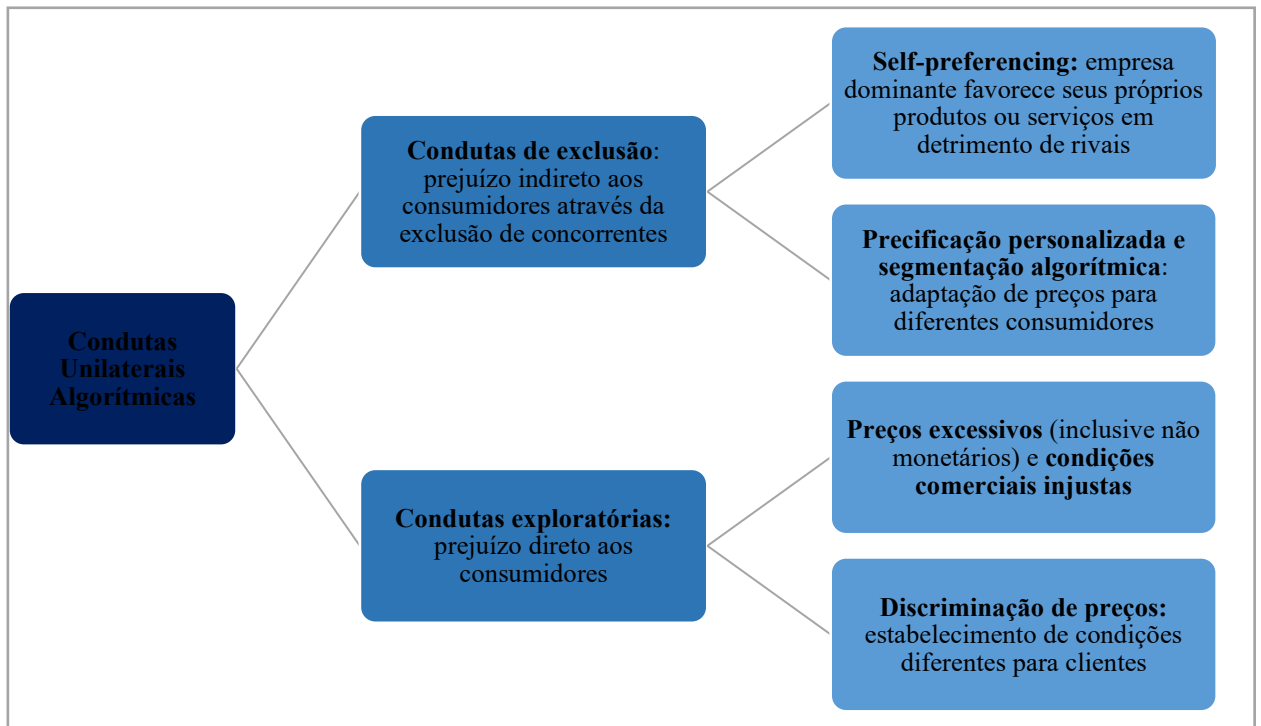
Fonte: Elaboração própria (2023)

⁴⁷⁶ ACM, Authority for Consumers and Markets. Oversight of algorithms. Position paper, 2020. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf>.

⁴⁷⁷ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁴⁷⁸ LI, Sheng Li; XIE, Claire Chunying; FEYLER, Emilie Feyle. Algorithms & Antitrust: An Overview of EU and National Case Law, 2021; OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

Figura 3 – Condutas unilaterais algorítmicas⁴⁷⁹



Fonte: Elaboração própria (2023)

Acrescenta-se as teorias do dano acima evidenciadas, a possibilidade de utilização de dados coletados – aqui entendidos como ativos econômicos - pelo algoritmo para promover a distorção do mercado. Assim, ressalta-se a capacidade de fortalecimento de posição dominante e entrada em mercados correlatos através da utilização do volume de dados para mapear as preferências dos usuários e criação de vantagem competitiva através da concentração de dados, fator impulsionado pelas externalidades de rede.⁴⁸⁰

De outro lado, algumas autoridades têm tomado passos para implementar regulações *ex ante* sobre aplicações algorítmicas. À título ilustrativo, em abril de 2021, a Comissão Europeia propôs a primeira regulação de inteligência artificial – “*Artificial Intelligence Act*” ou “Regulamento de Inteligência Artificial” –, como parte de sua estratégia digital, por meio da

⁴⁷⁹ LI, Sheng Li; XIE, Claire Chunying; FEYLER, Emilie Feyle. Algorithms & Antitrust: An Overview of EU and National Case Law, 2021; OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁴⁸⁰ VERGARA, Sofia de Medeiros. Economia movida a dados e controle de estruturas no direito concorrencial: uma análise comparativa das experiências brasileira e europeia. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito de como requisito para outorga de bacharel em Direito da Universidade de Brasília, 2023. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/32717>

qual definiu diversas metas e objetivos concretos para o cenário de tecnologia europeu⁴⁸¹. Para a regulação de inteligência artificial, foram estipulados objetivos específicos, a saber: (i) garantir que os sistemas de IA localizados e utilizados no mercado europeu sejam seguros e respeitem direitos fundamentais; (ii) garantir segurança jurídica para facilitar o investimento e a inovação em IA; (iii) aprimorar a governança e a execução efetiva da lei vigente e aplicável aos sistemas de IA; (iv) facilitar o desenvolvimento de um mercado único para aplicações legais, seguras e confiáveis de IA⁴⁸².

Para tanto, a proposta de regulação buscou classificar os riscos que a inteligência artificial pode trazer para o usuário, estabelecendo obrigações proporcionais a cada nível. A Comissão destacou também os riscos gerados por IA que entende ser inaceitáveis, proibindo sua aplicação no mercado. Dentre os referidos riscos inaceitáveis estão os sistemas que empregam técnicas subliminares ou que exploram vulnerabilidades de modo a causar ou sujeitar os usuários a danos físicos ou psicológicos, bem como aqueles que realizam *social scoring*.

Proposta similar foi apresentada em âmbito nacional, por meio do já mencionado Projeto de Lei nº 2339/2023, que também busca escalonar os níveis de risco aventados para as aplicações algorítmicas a fim de estabelecer obrigações e proibições compatíveis. O projeto evidencia a necessidade de realização de avaliação preliminar para a classificação dos riscos da colocação de sistema de inteligência artificial no mercado⁴⁸³.

Estabelecidas as bases conceituais para a melhor compreensão do funcionamento algorítmico, bem como apresentadas breves considerações sobre a interface entre a aplicação de algoritmos no mercado e o direito da concorrência, passa-se à análise específica de cada um dos tipos algoritmos (Capítulo 3).

⁴⁸¹ PARLAMENTO EUROPEU. Shaping the digital transformation: EU strategy explained. News, publicado em 22 abr. 2021 e atualizado em 19 out. 2023. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20210414STO02010/shaping-the-digital-transformation-eu-strategy-explained>

⁴⁸² COMISSÃO EUROPEIA. Artificial Intelligence Act. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council: Laying down harmonized rules on artificial intelligence and amending certain union legislative acts. Brussels, 21.4.2021. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

⁴⁸³ BRASIL. Projeto de Lei nº 2339/2023. Dispõe sobre o uso de Inteligência Artificial. Autoria do Senador Rodrigo Pacheco. Texto original, 2023

4. FUNÇÕES DESEMPENHADAS POR ALGORÍTIMOS E POTENCIAIS EFEITOS ANTICOMPETITIVOS A ELE ASSOCIADOS

Com a intenção compreender os riscos impostos por algoritmos no mercado, destaca-se a importância de adentrar de forma mais aprofundada na forma como são operados e quais funcionalidades tais algoritmos podem desempenhar. A partir do detalhamento das funções e aplicações de algoritmos, este estudo intentou identificar os principais riscos concorrenciais associados à cada função, valendo-se de considerações da doutrina concorrencial, relatórios especializados de autoridades antitruste e casos concretos julgados ao redor do mundo. Para aquelas funcionalidades algorítmicas pouco examinadas pelo enquadramento antitruste, buscou-se criar paralelos com funcionalidades similares, bem como aplicar uma visão multidisciplinar, valendo-se de ponderações de outros campos do conhecimento, para mapear potenciais efeitos prejudiciais ao mercado.

Assim, valendo-se de listagens das funcionalidades algorítmicas atualmente mais utilizadas no mercado, consoante destacado pela OCDE⁴⁸⁴ e pela ACM⁴⁸⁵, neste capítulo, serão apresentados os algoritmos de preço (Subseção 3.1); de pesquisa (Subseção 3.2), de recomendação (Subseção 3.3), de alocação (Subseção 3.4), de vigilância ou monitoramento (Subseção 3.5), de comunicação (Subseção 3.6), de filtragem (Subseção 3.7), de produção de informação (Subseção 3.8).

a. Algoritmos de preço (*pricing*)

Os algoritmos de preço (*pricing algorithms*) são aqueles utilizados para definir ou recomendar preços, a fim de otimizar o processo de precificação em tempo real. Para tanto, emprega-se inteligência artificial e aprendizado de máquina para avaliar dados de consumidores e do mercado, utilizando variáveis de oferta e demanda, preços de concorrentes, prazos de entrega, entre outros.⁴⁸⁶ Como exemplo de algoritmos de preço pode-se mencionar os algoritmos empregados para a precificação de corridas em aplicativos de transporte individual,

⁴⁸⁴ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁴⁸⁵ ACM, Authority for Consumers and Markets. Oversight of algorithms. Position paper, 2020. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf>.

⁴⁸⁶ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

como Uber e 99, ou os de precificação dinâmica aplicados em plataformas de e-commerce⁴⁸⁷. Frise-se ainda que esses algoritmos não se restringem aos mercados digitais, mas são também uma importante ferramenta em mercados tradicionais, como por exemplo o mercado de transporte aéreo, no qual algoritmos de preço são utilizados por companhias aéreas para ajustar os valores de bilhetes com base em fatores de antecedência de reserva, sazonalidade, comportamento do mercado, etc.

A análise de algoritmos de precificação concentra grande parte dos esforços da comunidade antitruste, que associa a essa funcionalidade riscos de facilitação de condutas coordenadas (expressas, tácitas e em configuração *hub-and-spoke*), bem como condutas unilaterais exclusivas (precificação personalizada e segmentação algorítmica)⁴⁸⁸.

Sobre as condutas coordenadas, em mesa redonda, a OCDE levantou os seguintes riscos de condutas coordenadas: (i) de que algoritmos pudessem tornar os mercados mais propensos a conluíus, alterando características como transparência e frequência de interação; e (ii) de que substituíssem conluio explícito com coordenação tácita, fornecendo às empresas ferramentas para implementar um acordo colusivo sem comunicação direta⁴⁸⁹.

Nesse sentido, como destacado no capítulo acima, na facilitação de acordos colusivos explícitos, os algoritmos funcionam como veículos para sua execução em conformações tradicionais de cartel. Observa-se que embora a aplicação algorítmica nesse cenário não altere o enquadramento do ilícito, ela é capaz de tornar o conluio mais eficiente e dificultar a investigação de autoridades concorrenciais. Os Estados Unidos, por exemplo, foram palco de um dos primeiros casos de conluio baseado em algoritmos de fixação de preço. O caso *US v. David Topkins* tratava de um acordo explícito entre vários agentes, que teriam se utilizado do algorítmico para facilitar a colusão no mercado de vendas de pôsteres online⁴⁹⁰.

Acerca da segunda conformação colusiva aventada como potencial risco anticompetitivo, a OCDE⁴⁹¹ indica que os carteis *hub-and-spoke* são caracterizados pelas trocas verticais ou acordos entre agentes de um mesmo nível da cadeia de produção (*spokes*), unidos

⁴⁸⁷ BERTINI, Marco; KOENIGSBERG, Oded. The Pitfalls of Pricing Algorithms. Harvard Business Review, set. 2021

⁴⁸⁸ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁴⁸⁹ OCDE. Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, 2017. Disponível em: <https://web.archive.org/2019-02-17/449397-Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>

⁴⁹⁰ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Antitrust Division. Case U.S. v. David Topkins. 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/e-commerce-exec-and-online-retailer-charged-price-fixing-wall-posters>

⁴⁹¹ OCDE, Policy Roundtables. Hub and Spoke Arrangements. Executive Summary, 2019. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf)

por um parceiro comercial em comum que está em outro nível da cadeia (*hub*), que opera uma troca indireta de informações e organiza uma espécie de colusão entre os *spokes*, sem necessidade de comunicação direta entre eles.

Nesse cenário, a colusão verticalizada seria facilitada pela utilização de algoritmos de fixação e monitoramento de preço, que atuariam como verdadeiros hubs. A União Europeia teve a oportunidade de se pronunciar sobre o assunto no caso *Eturas*, na qual a provedora de sistema comum para a reserva de viagens online permitiu que agências de viagem que tivessem adquirido por contrato uma licença de operação da *Eturas* realizassem a oferta de reservas de viagem à venda em seus websites através de uma determinação uniforme algorítmica de preços⁴⁹².

A última conduta coordenada diz respeito à possibilidade de conformação de um conluio tácito. Nesse cenário algoritmos autônomos de autoaprendizagem podem aprender e decidir conspirar, ou ao menos fugir ao resultado competitivo, sem que haja necessidade de compartilhamento de informações ou coordenação explícita.

Observa-se que a disponibilidade de dados e o aumento do uso de algoritmos poderia aumentar a probabilidade de conluio tácito em uma ampla gama de estruturas de mercado. Algumas delegações da OCDE, em contribuição à mesa redonda de colusão algorítmica, como a União Europeia, Rússia e Ucrânia, inclusive, já apontaram evidências acerca da criação de ambientes propícios à colusão tácita a partir de algoritmos⁴⁹³.

Não obstante, trata-se de um cenário ainda muito teórico, sem casos práticos julgados pelas autoridades antitrustes. Cabe citar, no entanto, recente estudo empírico realizado no mercado de varejo de combustíveis na Alemanha, em que após a observação da aplicação de software de precificação pelos postos de gasolina no país, os autores puderam concluir que existiam indícios concretos que os algoritmos teria aprendido a não competir, isto é, a conspirar tacitamente, possibilitando um aumento artificial de preços⁴⁹⁴.

Acerca das condutas unilaterais, a OCDE destaca que algoritmos de preço podem ser usados para implementar táticas de precificação personalizada e segmentação algorítmica, na medida em que tais algoritmos somados a dados e perfis detalhados de consumidores estão

⁴⁹² COMISSÃO EUROPEIA. C-74/14 – *Eturas*. 2016

⁴⁹³ Algorithmic Competition. Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age, 2017. Disponível em: <https://web.archive.org/2019-02-17/449397-Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>

⁴⁹⁴ ASSAD, S., Clark, R., ERSHOV, D., and Xu, L. Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market. 2020, CESifo Working Paper, No. 8521

tornando a discriminação de preços cada vez mais viável. Reforça que a segmentação algorítmica e a precificação personalizada podem tornar as teorias de danos relacionadas à preços predatórios, descontos e alavancagem mais viáveis, na medida em que permitem flexibilizar a restrição de rentabilidade de uma conduta anticoncorrencial. Isto é, ao otimizar a fixação de preços, a empresa dominante que busca praticar uma conduta excludente não precisa considerar o compromisso entre o compromisso entre o aumento do lucro proveniente dos clientes inframarginais leais retidos e a diminuição do lucro proveniente da perda de clientes marginais, já que pode definir preços de maneira individual e personalizada⁴⁹⁵.

Observou-se que os algoritmos de preço agrupam não apenas as principais teorias do dano formuladas para aplicações algorítmicas, mas também englobam de modo geral a grande parte dos casos julgados pelas autoridades concorrenciais até o momento.

b. Algoritmos de pesquisa (search)

Os algoritmos de pesquisa (*search algorithms*) são desenhados para apresentar e ordenar informações com base em determinadas entradas (*inputs*)⁴⁹⁶. A Comissão Europeia, em sua decisão de condenação no caso Google Shopping⁴⁹⁷, dividiu os algoritmos de pesquisa em duas categorias: (i) pesquisa genérica, em que são projetados para classificar páginas contendo qualquer conteúdo possível, como ocorre com as ferramentas disponibilizadas pelo Google, Bing ou Badu; (ii) pesquisa específica, em que são especificamente otimizados para identificar resultados relevantes para um determinado tipo de informação, como é o caso da pesquisa de produtos e serviços realizada no site da Amazon ou Booking.com.

A principal preocupação relacionada aos algoritmos de pesquisa encontra-se nas teorias do dano de conduta unilateral algorítmica, em especial quando uma empresa com posição dominante favorece seus próprios produtos e serviços em detrimento de rivais, de modo que a ordenação de informações não se baseará num critério racional – que possibilitaria a concorrência por mérito – mas sim em um ranqueamento artificial que privilegiará a detentora do algoritmo de pesquisa⁴⁹⁸. Em outras palavras, o *self-preferencing* distorce o processo

⁴⁹⁵ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁴⁹⁶ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁴⁹⁷ Comissão Europeia. Case AT. 39740 – Google Search (Shopping). Commission Decision. Antitrust Procedure. Article 7 Regulation (EC) 1/2003. Publicada em 27 jun. 2017

⁴⁹⁸ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

competitivo ao promover indevidamente os produtos e serviços de um agente, resultando na exclusão de rivais⁴⁹⁹.

Somando-se ao risco *self-preferencing*, as autoridades têm indicado preocupações que a estrutura interconectada dos mercados digitais possibilite que uma empresa ou grupo econômico utilize sua posição dominante em um mercado para alavancar-se em outro mercado relacionada, a montante ou a jusante⁵⁰⁰. Essa foi a discussão travada no já mencionado caso paradigmático da Comissão Europeia contra o Google (“Google Search – Shopping”). Na ocasião, a comissão entendeu que o Google teria abusado de sua posição dominante de mercado ao supostamente abaixar o ranking de serviços especializados providos por concorrentes e preferenciar seus próprios serviços na lista de resultados de pesquisa orgânicos. Observa-se que uma das conclusões mais importantes que podem ser extraídas dessa decisão, foi a conclusão por parte da autoridade de que “as empresas dominantes têm uma responsabilidade especial de não abusar de sua posição no mercado restringindo a concorrência, seja no mercado em que são dominantes ou em mercados separados.”⁵⁰¹

Esse risco é especialmente relevante quando se considera a existência de *gatekeepers*, que funcionam como intermediários nas relações entre dois agentes, controlando acessos significativos do mercado⁵⁰². Buscando endereçar essa preocupação, a Comissão Europeia aprovou o *Digital Markets Act* (DMA), a fim de regular os serviços oferecidos por *gatekeepers*. Dentre outras obrigações, o DMA veda o tratamento mais favorável na classificação, indexação e rastreamento – processos usualmente associados à algoritmos de busca – de serviços e produtos oferecido pelo próprio *gatekeeper*, impondo a obrigação de aplicação de condições justas e não discriminatórias para esses mecanismos⁵⁰³.

Observa-se, portanto, que os riscos associados aos algoritmos de pesquisa estão diretamente ligados ao poder de mercado daquele agente que realiza a sua aplicação, bem como o controle de acessos essenciais.

⁴⁹⁹ CARUGATI, Christophe. How to implement the self-preferencing ban in the European Union’s Digital Markets Act. Policy Contribution Issue n°22/22, 2022

⁵⁰⁰ KIRA, Beatriz.; COUTINHO, D. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 9, n. 1, p. 83-103, 2021

⁵⁰¹ Comissão Europeia. Case AT. 39740 – Google Search (Shopping). Commission Decision. Antitrust Procedure. Article 7 Regulation (EC) 1/2003. Publicada em 27 jun. 2017

⁵⁰² EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. Virtual competition. The promise and perils of the algorithm- driven economy. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

⁵⁰³ COMISSÃO EUROPEIA. Digital Markets Act. Regulation (EU) 2022/1925 of The European Parliament and of the Council, 14 set. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>

c. **Algoritmos de recomendação (*recommendation*)**

Os algoritmos de recomendação (*recommendation algorithms*) operam através do processamento de dados, do produto, do usuário - inclusive sobre seu comportamento (*behavioural data*), bem como outros parâmetros, a fim de sugerir algum tipo de serviço, produto ou informação de forma personalizada⁵⁰⁴. Tais algoritmos estão usualmente associados ao aprendizado de máquina, treinando o sistema para entender as preferências, as decisões prévias e as características dos usuários com base na interação destes últimos com a empresa. É o que ocorre, por exemplo, em plataformas de streaming – como Netflix, Amazon Prime, HBO Max, entre outros – nas quais, baseando-se nas interações prévias do telespectador com o catálogo de obras, o sistema é capaz de recomendar conteúdos de possível interesse⁵⁰⁵.

Em que pese os sistemas de recomendação sejam altamente úteis ao usuários, permitindo a ele descobrir produtos e serviços de seu interesse que, de outra forma, não teriam encontrado por conta própria, as autoridades concorrenciais apontam para os riscos de distorção da competição, a partir do momento em que o conteúdo recomendado busca privilegiar produtor ou serviços do próprio detentor do algoritmo, de empresas de seu grupo econômico ou parceiros comerciais. A redução de visibilidade de concorrentes em sistemas de recomendação de forma artificial também é uma preocupação relevante, na medida em que possibilita a exclusão de rivais.

Com efeito, os sistemas de recomendação foram incluídos na lista de aplicações de alto risco definidas pelo já mencionado AI Act da Comissão Europeia. Sobre o assunto, a autoridade ressaltou que os sistemas de recomendação podem ter um impacto significativo na capacidade dos destinatários de recuperar e interagir com informações online, o que permitiria eventualmente atuar para a manipulação do usuário.

A fim de contrapor os referidos riscos, a Comissão Europeia determina a obrigação para que plataformas online assegurem aos usuários de seus serviços informações sobre a forma como os sistemas de recomendação impactam na forma como a informação é apresentada, esclarecendo de forma clara e compreensível os parâmetros utilizados para realização da escolha dos conteúdos priorizados. Os parâmetros devem também indicar se a informações é priorizada com base em perfilamento e no comportamento online do usuário.

⁵⁰⁴ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁵⁰⁵ ROCCA, Baptiste. Introduction to recommender systems: Overview of some major recommendations algorithms. In. Towards Data Science. Publicado em 2 jun. 2019.

Verifica-se, portanto, que as principais preocupações associadas a esse tipo de algoritmo estão vinculadas às condutas unilaterais algorítmicas. Ressalta-se também o pleito por transparência acerca desses sistemas, considerando a personalização do processo de recomendação.

d. Algoritmos alocação (*allocation*)

Os algoritmos de alocação (*allocation algorithms*) realizam a distribuição e alocação automatizada da oferta e demanda. É o que acontece, nos já mencionados aplicativos de transporte individual, no qual um cliente é alocado para um carro disponível. Outro exemplo é a venda automatizada de espaços publicitários online realizada por algoritmos como ocorre no Google AdSense⁵⁰⁶.

À título ilustrativo, em decisão que condenou o Google, a Comissão Europeia entendeu que a através do programa AdSense, a empresa teria distorcido a concorrência no mercado de serviços em três momentos, quando: (i) introduziu cláusulas de exclusividade nos contratos com os editores, a partir de 2006, impedindo-os de exibir anúncios de pesquisa de concorrentes da Google em suas páginas; (ii) em 2009, mudaram a abordagem, mas não de forma significativa, uma vez que apesar de permitir a exibição de anúncios de concorrentes nas buscas dos sites, adotaram cláusulas de “Premium Placement” – que exigiam que a posição mais lucrativa da página ficasse reservada ao AdSense; (iii) incluiu cláusulas que exigiam que os editores tivessem aprovação da Google antes de alterar a forma como os anúncios de plataformas concorrentes seriam exibidos. Entendeu-se que o Google teria buscado maximizar o tráfego de seus próprios anúncios através da alocação de oferta que privilegiava seus próprios serviços.

Com efeito, ao endereçar os riscos associados a esse tipo de algoritmo, a OCDE⁵⁰⁷ agrupa-o com os algoritmos de recomendação e de pesquisa, indicando que potenciais efeitos concorrenciais a ele associados estão relacionados às práticas de conduta unilateral algorítmica, mais especificamente a conduta de *self-preferencing*.

⁵⁰⁶ ACM, Authority for Consumers and Markets. Oversight of algorithms. Position paper, 2020. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf>; OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁵⁰⁷ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

e. **Algoritmos de vigilância ou monitoramento (*surveillance or monitoring*)**

Os algoritmos de vigilância ou monitoramento (*surveillance or monitoring algorithms*) observam o comportamento de seus usuários a fim de definir padrões e, conseqüentemente, identificar desvios comportamentais. Esses algoritmos podem ser utilizados para diversos fins, a partir de análise preditiva e decisões automatizadas, para chegar a conclusões baseadas nas práticas e preferências de seu usuário ou do objeto monitorado⁵⁰⁸. Por exemplo, são bastante utilizados na detecção de fraudes financeiras, ou ainda no monitoramento do mercado para acompanhar o comportamento e as decisões estratégicas de concorrentes, inclusive de preço, como é o caso do Wiser Solutions and Intelligence Node⁵⁰⁹.

Como visto no tópico 3.1 deste artigo, algoritmos de monitoramento, em especial quando associados à algoritmos de preços, são capazes de facilitar condutas coordenadas, na medida em que otimizam o trabalho do agente castelista no monitoramento dos preços definidos, indicando aquele que desvie do preço fixado, em casos de acordos expressos, ou indicando a necessidade de reajuste do próprio algoritmo, em casos de conluíus tácitos.

f. **Algoritmos de comunicação (*communication*)**

Os algoritmos de comunicação (*communication algorithms*) respondem de forma automatizada na interlocução com consumidores e empresas. É o caso de *chatbots* ou assistentes virtuais, muitos dos quais operados por voz, que se comunicam com consumidores em nome de terceiros, por exemplo a Siri, Alexa e Google Assistant⁵¹⁰. Estes últimos funcionam através da detecção da fala de um indivíduo, da conversão do áudio em texto, da interpretação da intenção do usuário, da seleção de informação para resposta e, por fim, da conversão desta em áudio⁵¹¹. Fica claro que, enquanto a resposta dada ao usuário possa parecer simples, ela esconde um processo complexo de reconhecimento e seleção de informações.

⁵⁰⁸ BOYD, Dana, LEVY, Karen, MARWICK, Alice. The networked nature of algorithmic discrimination. Open Technology Institute. 2014

⁵⁰⁹ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁵¹⁰ ACM, Authority for Consumers and Markets. Oversight of algorithms. Position paper, 2020. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf>; OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

⁵¹¹ GRUBER, Jonathan et al. Algorithm Awareness as an Important Internet Skill: The Case of Voice Assistants, International Journal of Communication, 2021; AMAZON. How our scientists are making Alexa smarter. 2018; FORD, Marcia; PALMER, William. Alexa, are you listening to me? An analysis of Alexa voice service network traffic. 2019

Não existem muitas pesquisas no âmbito concorrencial sobre esses tipos de algoritmo, mas algumas conclusões podem ser obtidas através da comparação de suas funções com outros tipos de algoritmos mais estudados pela doutrina e jurisprudência antitruste, além do diálogo interdisciplinar com outras áreas de estudo, em especial de comunicação.

Observa-se, primeiramente, que os algoritmos de comunicação apresentam semelhanças relevantes com os algoritmos de pesquisa, na medida em que recebem um *input* – isto é, um comando do usuário – a partir do qual buscará informações para fornecer ao usuário um *output* – uma resposta. Diferem-se, porém, na resposta dada ao questionamento do usuário, pois enquanto o algoritmo de pesquisa apresenta uma lista de opções, o algoritmo de comunicação seleciona o pedaço de informação que será recebido pelo usuário.

Nesse ponto, se assemelham aos sistemas de recomendação, já que ambos utilizam a base de dados coletados para interagir com o usuário de forma mais personalizada. Ocorre que, enquanto nos sistemas de recomendação o conteúdo recomendado é apresentado paralelamente ao catálogo ou conjunto de informações como um todo, no caso dos sistemas de comunicação, apenas uma informação será apresentada ao usuário. Gruber, Hargittai, Karaoglu e Brombach⁵¹², ao analisar o modelo de operação de assistentes de voz, destacam que essa característica “torna o usuário ainda mais dependente da seleção algorítmica do que com motores de busca e outros sistemas de recomendação”.

Entende-se, portanto, que as mesmas preocupações associadas aos algoritmos de pesquisa e recomendação são aplicáveis também aos algoritmos de comunicação, na medida em que a produção de respostas direcionadas, sem apresentar outras informações ou garantir ao usuário o poder de escolha acerca da informação a ser consumida, abre espaço para distorções relacionadas à *self-preferencing* e alavancagem.

Os possíveis efeitos acima mencionados são agravados pela falta de transparência acerca de como são escolhidas e apresentadas as informações aos usuários. Não se deixa de reconhecer aqui que existem razões legítimas para a preservação dos segredos de funcionamento de determinado algoritmo, como a manutenção de uma vantagem competitiva, a recuperação dos investimentos e até mesmo a proteção de eventuais manipulações do sistema. Contudo, o entendimento concreto acerca do contexto em que os algoritmos são utilizados e tomam suas

⁵¹² GRUBER, Jonathan et al. Algorithm Awareness as an Important Internet Skill: The Case of Voice Assistants, *International Journal of Communication*, 2021, p. 1771

decisões é essencial para que o direito consiga acompanhar os constantes avanços tecnológicos⁵¹³.

A falta de conhecimento não apenas dificulta o trabalho da autoridade antitruste em definir se o design do algoritmo ultrapassa o limiar da inovação e adentra no território de discriminações algorítmicas prejudiciais ao mercado, mas também possibilita e facilita a manipulação do consumidor que desconhece o próprio processo pelo qual recebe as respostas para seus questionamentos.

Nesse sentido, Hargittai e Michelli⁵¹⁴ sustentam a importância da percepção de como os algoritmos influenciam o que as pessoas veem, destacando que aqueles consumidores que entendem o papel do algoritmo na seleção das informações que lhe são apresentadas são capazes de ajustar suas expectativas e estratégias a fim de acessar informações sem as restrições impostas pelo algoritmo. Do lado contrário, aqueles que não tem consciência acerca da tomada de decisões que é feita pelo algoritmo, ficam à mercê do conjunto mais restrito de informações por ele apresentadas.

Ressalte-se, entretanto, que uma pesquisa realizada com consumidores americanos indicou que a grande maioria dos usuários de assistentes virtuais de voz apenas realizam perguntas básicas, para a checagem do tempo e de notícias, o que poderia mitigar maiores riscos de impacto no mercado como um todo⁵¹⁵. Não obstante, as similaridades com algoritmos de pesquisa e recomendação, que costumam ser foco das autoridades e doutrina concorrencial de modo geral, bem como as características específicas acerca do processo de seleção algorítmica realizado para produzir uma resposta única ao usuário, permitem concluir pela possibilidade de adoção de condutas unilaterais algorítmicas, em especial as práticas de *self-preferencing*.

g. Algoritmos de filtragem (*filters*)

Algoritmos de filtragem (*filtering algorithms*) são utilizados principalmente em segundo plano, para filtrar dados e informações. Como exemplos, pode-se citar o filtro de spams realizados em e-mails e também filtros para controles parentais sobre conteúdos na internet⁵¹⁶.

⁵¹³ KEMPER, Jakko; KOLKMAN, Daan. Transparent to whom? No algorithmic accountability without a critical audience. In. Information, Communication & Society, Ed. 22, pp. 2081-2096, 2019.

⁵¹⁴ HARGITTAI, Eszter; MICHELI, Mariana. Internet skills and why they matter. In M. Graham & W. H. Dutton (Eds.), Society and the Internet: How networks of information and communication are changing our lives. UK: Oxford University Press, 2019

⁵¹⁵ PWC. Consumer intelligence series: Prepare for the voice revolution, 2018. Disponível em: <https://www.pwc.com/us/en/advisory-services/publications/consumer-intelligence-series/voice-assistants.pdf>.

⁵¹⁶ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

De modo geral, esses algoritmos não são muito estudados pela doutrina antitruste, principalmente por estarem usualmente associados ao desempenho de atividades secundárias, com poucas aplicações com capacidade real de impacto ao mercado ou consumidores.

Não obstante, reforçando conclusões apresentadas para as funcionalidades algorítmicas discutidas acima, é importante que o design de tais algoritmos de filtragem sejam transparentes acerca dos critérios e processos de escolha que levam a exclusão de determinados elementos, informações, produtos e serviços. A necessidade de transparência busca evitar práticas prejudiciais ao, como a de *self-preferencing*, principalmente quando o algoritmo de filtragem é aplicado em conjunto com algoritmos de pesquisa.

Embora não tenham sido encontrados exemplos práticos na jurisprudência em que os algoritmos de filtragem tenham sido o foco da investigação, não é irrazoável imaginar que uma empresa com posição dominante pudesse se utilizar de algoritmos de filtragem para impedir o acesso ou o recebimento de conteúdo de empresas rivais pelo consumidor – e aqui usa-se rivais não apenas para indicar concorrentes diretos, mas também agentes de mercados correlatos em que a empresa detentora do algoritmo também tenha atuação.

h. Algoritmos de produção de informação (*information production*)

Algoritmos de produção de informação (*information production algorithms*) são aqueles que usam determinada base de dados para produzir informações ou conteúdos específicos, a depender dos *inputs* do usuário. A OCDE indica como exemplos desses algoritmos aqueles utilizados pelo Quill, Quakebot e o famoso ChatGPT⁵¹⁷.

Diferente dos algoritmos de pesquisa e similar ao que ocorre nos algoritmos de comunicação, não é gerada uma lista de conteúdo ou informações acessíveis e produzidas por terceiros – a não ser que usuário assim requeira –, mas sim uma resposta personalizada e produzida pelo próprio algoritmo com base na seleção de informações que detém em sua base de dados. Entende-se que essa característica pode facilitar a manipulação algorítmica capaz de produzir efeitos anticompetitivos no mercado, em especial aqueles já associados à algoritmos de pesquisa – *self-preferencing*, alavancagem e discriminação de rivais. Contudo, por serem modelos algoritmos mais recentes, ainda não existem muitos materiais empíricos ou decisões de autoridades concorrenciais sobre a verificação prática dos riscos acima.

⁵¹⁷ OCDE. Algorithmic Competition. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

De outro lado, outra preocupação concorrencial que pode ser associada ao desenvolvimento dessas tecnologias está nas vantagens competitivas do primeiro entrante (*first mover advantage*), considerando as características de escala e os efeitos de rede usualmente associados aos mercados de inteligência artificial. Isso porque, para além da base de dados em que é treinado o algoritmo de produção de informação, as constantes entradas realizadas na interface da plataforma permitem não apenas o aprendizado e sofisticação do algoritmo, mas também a coleta massiva de dados a serem utilizados para manutenção da posição dominante, criando barreiras à entrada de novos entrantes⁵¹⁸.

5. CONCLUSÃO

Este artigo buscou realizar um mapeamento didático acerca das principais funcionalidades e potenciais riscos associados aos algoritmos de preço, pesquisa, recomendação, alocação, vigilância e monitoramento, agregação, comunicação, filtragem, produção de informação.

A partir do mapeamento realizado foi possível verificar que os esforços das autoridades concorrenciais, dos relatórios especializados e da doutrina antitruste têm sido voltados especialmente para algoritmos de preços e as preocupações com potenciais práticas colusivas, exclusionárias e exploratórias que estes podem ensejar. Tendo em vista que muitos mercados digitais operam a preço zero – ao menos em termos de preço monetário - esses riscos foram principalmente observados em mercados tradicionais, em que os algoritmos não são utilizados como o produto em si, mas sim uma ferramenta para otimizar os processos de produção.

Em segundo lugar, foi possível observar um grande avanço das discussões acerca de algoritmos de pesquisa, recomendação e alocação. Esses algoritmos não parecem gerar preocupações de ordem colusiva, mas sim no âmbito de condutas unilaterais, principalmente nos próprios mercados digitais, cujas características marcantes de efeitos de rede, economias de escala e efeitos de *lock-in* agravam ainda mais a preocupação com condutas exclusionárias.

Embora não tenha sido possível encontrar, de modo geral, um delineamento mais robusto acerca das preocupações concorrenciais associadas aos outros tipos de algoritmos, conclusões relevantes puderam ser extraídas da comparação entre as funcionalidades desempenhadas pelos algoritmos estudados.

⁵¹⁸ STIGLER CENTER. Stigler Committee on Digital Plataforms: Final Report. Publicado em set. 2019
288

Em especial, ressalto um tema que parece permear a discussão algorítmica como um todo: a necessidade de transparência e *accountability* acerca dos procedimentos desempenhados por esses algoritmos para gerar os resultados dos quais usufruímos⁵¹⁹.

Voltando-se, portanto, à hipótese apresentada na introdução, reforço o entendimento aventado de que para que o direito concorrencial possa acompanhar e efetivamente endereçar potenciais riscos da aplicação de algoritmos no mercado, a compreensão acerca de como esses algoritmos funcionam é extremamente relevante. A consciência acerca dos procedimentos algoritmos a quais estão expostos também é primordial para evitar que a manipulação do consumidor.

Entende-se que a garantia de maior transparência e *accountability* seria uma solução interessante não apenas para o regulador, mas também para as próprias empresas, afinal o que não se conhece, se teme. E se funcionalidades algorítmicas são temidas, podemos chegar a situações em que a própria inovação é obstaculizada pela incerteza das ameaças e riscos que podem representar. Com efeito, movimentos como esse já puderam ser vistos recentemente, quando mais de mil pesquisadores e executivos da área de tecnologia assinaram uma carta aberta pugnando por uma pausa no desenvolvimento de sistemas de inteligência artificial mais poderosos.⁵²⁰

Atualmente ainda são poucos os agentes que disponibilizam informações mais detalhadas acerca do modus operandi de seus sistemas algoritmos e de inteligência artificial, ficando cada vez mais obscuros a partir da complexificação de suas funcionalidades. Contudo, no esforço para fazer o direito alcançar os modelos de negócios disruptivos, diversas autoridades concorrenciais vêm se posicionando no sentido de requerer mais transparência das empresas que empregam algoritmos do mercado⁵²¹.

Em que pese ainda não exista um consenso sobre a melhor forma de regular essa nova figura, o fato é que a criação de dificuldades e a falta de transparência sobre os sistemas algoritmos e de inteligência artificial prejudica todos os agentes envolvidos.

REFERÊNCIAS

⁵¹⁹ MATTIUZO, Marcela. Algorithms and Big Data: Considerations on algorithmic governance and its consequences for antitrust analysis. In. Revista de Economia Contemporânea, 2019

⁵²⁰ FINANTIAL TIMES. Elon Musk and other tech experts call for 'pause' on advanced AI systems. 2023. Disponível em: <https://www.ft.com/content/3f584019-7c51-4c9c-b18f-0e0ac0821bf7>.

⁵²¹ Como é o caso das autoridades dos países e organismos internacionais nesse documento, a saber: União Europeia, Holanda, França, Reino Unido, Brasil, entre outros.

ACM, Authority for Consumers and Markets. **Oversight of algorithms**. Position paper, 2020. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/position-paper-oversight-of-algorithms.pdf>. Acesso em 28 nov. 2023

AMAZON. **How our scientists are making Alexa smarter**. 2018. Disponível em: <https://blog.aboutamazon.com/amazon-ai/how-our-scientists-are-making-alexa-smarter>. Acesso em 09 dez. 2023

ASSAD, S., Clark, R., ERSHOV, D., and Xu, L. **Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market**. 2020, CESifo Working Paper, No. 8521

BERTINI, Marco; KOENIGSBERG, Oded. **The Pitfalls of Pricing Algorithms**. Harvard Business Review. Edição de set-out. de 2021

BOYD, Dana, LEVY, Karen, MARRWICK, Alice. **The networked nature of algorithmic discrimination**. Open Technology Institute. Publicado em out. 2014. Disponível em: <https://www.danah.org/papers/2014/DataDiscrimination.pdf>. Acesso em 09 dez. 2023

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2339/2023**. Dispõe sobre o uso de Inteligência Artificial. Autoria do Senador Rodrigo Pacheco. Texto original, 2023.

CARUGATI, Christophe. **How to implement the self-preferencing ban in the European Union's Digital Markets Act**. Policy Contribution Issue n°22/22, 2022. Disponível em: https://www.bruegel.org/sites/default/files/2022-12/PC%2022%202022_3.pdf. Acesso em 11 dez. 2023

CMA, Competition & Markets Authority. **Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers**, 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers>. Acesso em 10 dez. 2023

COMISSÃO EUROPEIA. **C-74/14 – Eturas**. Commission Decision. Antitrust Procedure, 2016

_____. **Case AT. 39740 – Google Search (Shopping)**. Commission Decision. Antitrust Procedure. Article 7 Regulation (EC) 1/2003. Publicada em 27 jun. 2017

_____. **Artificial Intelligence Act**. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council: Laying down harmonized rules on artificial intelligence and amending certain union legislative acts. Brussels, 21.4.2021. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

_____. **Digital Markets Act**. Regulation (EU) 2022/1925 of The European Parliament and of the Council, 14 set. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. **Virtual Competition: The promise and perils of the algorithm-driven economy.** Harvard University Press. *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 7, No. 9, 2016

FINANTIAL TIMES. **Elon Musk and other tech experts call for ‘pause’ on advanced AI systems.** 2023. Disponível em: <https://www.ft.com/content/3f584019-7c51-4c9c-b18f-0e0ac0821bf7>. Acesso em 11 dez. 2023

FORD, Marcia; PALMER, William. **Alexa, are you listening to me?** An analysis of Alexa voice service network traffic. In. *Personal Ubiquitous Computing*, 2019

GRUBER, Jonathan et al. **Algorithm Awareness as an Important Internet Skill: The Case of Voice Assistants,** *International Journal of Communication*, 2021.

HARGITTAI, Eszter; MICHELI, Mariana. **Internet skills and why they matter.** In M. Graham & W. H. Dutton (Eds.), *Society and the Internet: How networks of information and communication are changing our lives.* UK: Oxford University Press, 2019.

KEMPER, Jakko; KOLKMAN, Daan. **Transparent to whom?** No algorithmic accountability without a critical audience. In. *Information, Communication & Society*, Ed. 22, pp. 2081-2096, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/1369118X.2018.1477967>. Acesso em 9 dez. 2023

KIRA, Beatriz.; COUTINHO, D. **Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais.** *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 83-103, 2021

MATTIUZO, Marcela. **Algorithms and Big Data: Considerations on algorithmic governance and its consequences for antitrust analysis.** In. *Revista de Economia Contemporânea*, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rec/a/pfgJ44TTvpk9SQSjt8TwLgp/?format=pdf&lang=en>. Acesso em 11 dez. 2023

MAZZOTTI, Massimo. **Algorithmic life.** In. *Los Angeles Review of Books*, 2017. Disponível em <https://lareviewofbooks.org/article/algorithmic-life/>. Acesso em 9 dez. 2023.

PARLAMENTO EUROPEU. **Shaping the digital transformation: EU strategy explained.** News, publicado em 22 abr. 2021 e atualizado em 19 out. 2023. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/headlines/society/20210414STO02010/shaping-the-digital-transformation-eu-strategy-explained>. Acesso em 04 dez. 2023

PREDPOL. **Predictive Policing: Guidance on Where and When to Patrol.** Website do Predpol. Disponível em: <https://www.predpol.com/how-predictive-policing-works/>. Acesso em 10 dez. 2023

PWC. **Consumer intelligence series: Prepare for the voice revolution, 2018.** Disponível em: <https://www.pwc.com/us/en/advisory-services/publications/consumer-intelligence-series/voice-assistants.pdf>. Acesso em 11 dez. 2023.

OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age**, 2017. Disponível em: <https://web-archive.oecd.org/2019-02-17/449397-Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>

_____. **Hub and Spoke Arrangements**. Policy Roundtables, Executive Summary, 2019. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf)

_____. **Algorithmic Competition**. Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>

ROCCA, Baptiste. **Introduction to recommender systems: Overview of some major recommendations algorithms**. In. *Towards Data Science*. Publicado em 2 jun. 2019. Disponível em: <https://towardsdatascience.com/introduction-to-recommender-systems-6c66cf15ada>. Acesso em 03 dez. 2023

TECHNOLOGY RIVERS. **Sickweather: Illness Tracking Application**. Disponível em: <https://technologyrivers.com/portfolio/sickweather-illness-tracking-app/>. Acesso em 10 dez. 2023

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Antitrust Division. **Case U.S. v. David Topkins**. 2015. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/e-commerce-exec-and-online-retailer-charged-price-fixing-wall-posters>. Acesso em 11 dez. 2023

VERGARA, Sofia de Medeiros. **Economia movida a dados e controle de estruturas no direito concorrencial: uma análise comparativa das experiências brasileira e europeia**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito de como requisito para outorga de bacharel em Direito da Universidade de Brasília, 2023. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/32717>

STIGLER CENTER. **Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report**. Publicado em set. 2019.

13. *ACQUI-HIRING* COMO FORMA DE SUPERAR CLÁUSULAS *NON COMPETE* NO MERCADO DE TRABALHO E A CORRIDA PELA BUSCA DE TALENTOS

6. *ACQUI-HIRING AS A WAY TO OVERCOME NON-COMPETE CLAUSES IN THE JOB MARKET AND THE RACE TO FIND TALENT*

Luane Silva Nascimento
Rafaela Valentina Ferreira Braga

SUMÁRIO: introdução. 1. *Acqui-hiring*. 1.1 Conceito e contextualização. 1.2. Características e diferenças em relação às formas convencionais de aquisições. 1.3. Fatores motivadores: por que seria preferível adquirir toda uma companhia ao invés de simplesmente contratar individualmente os empregados? 1.4. *Cases* de destaque. 2. Negociação por *acqui-hire* e os reflexos no mercado de trabalho. 2.1. Interpretação da aquisição por *acqui-hiring* à luz da cláusula *non-competite*. 3. *Acqui-hiring*: nova forma de contratação? 4. Considerações finais e resultados.

RESUMO: Este artigo propõe uma análise acerca das chamadas *acqui-hires*, operações de aquisição nas quais o fator motivador são os funcionários da empresa adquirida, não seus bens, serviços ou produtos, especialmente considerando que sua ocorrência tem crescido no mercado brasileiro, a exemplo do norte-americano, em que essas operações já ocorrem há algum tempo. Investiga-se os fatores motivadores dessas operações, e levanta-se a hipótese de que a existência de cláusulas de não concorrência entre o empregador e os talentos almejados pode ser um fator determinante. Por fim, avalia-se os efeitos concorrencias dessa operação no mercado de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: *Acqui-hiring*; Cláusula *non-competite*; Mercado de trabalho.

ABSTRACT: This essay proposes an analysis of the so-called *acqui-hires*, acquisition operations in which the motivating factor is the employees of the acquired company, not its assets, services, or products, especially considering that their occurrence has been growing in the Brazilian market, following the example of the north american market where such operations have been happening for some time. We investigate the motivating factors behind these operations and hypothesize that the existence of non-competite clauses between the employer and the targeted talents may be a determining factor. Finally, we assess the competitive effects of this operation on the labor market.

KEYWORDS: *Acqui-hiring*; Non-competite clause; Labor market

INTRODUÇÃO

Acqui-hiring, que se trata do neologismo formado pela junção de *aquisition* e *hire*, cuida-se de uma operação de aquisição de empresas cujo foco é a “aquisição” do capital humano. Essas operações são relativamente recentes e estão paulatinamente entrando na ordem

do dia. O trabalho de Coyle e Polsky⁵²² foi pioneiro na introdução do tema, trazendo importantes elucidacões quanto ao fenômeno da *acqui-hiring*, seus mecanismos, justificativas, benefícios e efeitos práticos para os agentes envolvidos.

Como bem se sabe, qualquer tipo de operação societária é complexa e possui reflexos em diversas esferas, reverberando inclusive em diferentes campos de estudo do Direito - Direito do Trabalho, Direito Societário, Direito Tributário, Direito da Propriedade Intelectual etc. No que nos importa, há uma correlação interessante com o Direito da Concorrência, em especial com a dinâmica da concorrência no mercado de trabalho.

Partindo disso, ganha especial destaque a maneira singular em que a *acqui-hiring* pode se relacionar com as chamadas cláusulas *non compete*, ora funcionando como uma ferramenta para superar essas cláusulas, que podem funcionar como verdadeiras barreiras à livre competição no mercado de trabalho, ora utilizando tais cláusulas como uma ferramenta dentro do contexto da aquisição, para garantir o sucesso da operação, ou seja, para reter a os empregados, cuja contratação motivou a operação de aquisição.

À vista disso, o presente trabalho debruçar-se-á sobre a indagação acerca da possibilidade de que a aquisição de talentos por *acqui-hiring* seja vista como forma de contornar a aplicabilidade de cláusulas *non compete*, com foco nos resultados práticos para a concorrência e o fluxo de mão de obra. Nessa esteira, far-se-á uma análise da interseção entre esses dois institutos avaliando os efeitos concorrenciais no mercado de trabalho decorrentes de sua utilização cada vez mais significativa.

Para tanto, no Capítulo 1 será feita uma breve introdução do conceito de *acqui-hiring*, perpassando por uma análise do contexto em que essas operações são realizadas, mecanismos empregados e objetivos. Em seguida, no Capítulo 2 será avaliada a correlação deste tipo de aquisição com as cláusulas *non compete*, bem como os efeitos concorrenciais para o mercado de trabalho. No Capítulo 3 discute-se a posição do mercado de trabalho e os impactos das operações por *acqui-hires*. Ao final são apresentadas as conclusões e resultados da pesquisa.

Para desenvolvimento do trabalho fora utilizada a pesquisa bibliográfica, sob o método dedutivo, com a leitura de textos da literatura internacional, nacional e notícias veiculadas em jornais de opinião e expressão nacional.

⁵²² COYLE, John F.; POLSKY, Gregg D. *Acqui-Hiring*. *Duke Law Journal*, Carolina do Norte, EUA, v.63, n.2, novembro, 2013, p. 281. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=dlj>.

6. *ACQUI-HIRING*

Antes de prosseguir para uma análise da relação entre *acqui-hiring* e cláusulas *non compete*, bem como seus efeitos concorrenciais no mercado de trabalho, é preciso dar um passo atrás e compreender o fenômeno da *acqui-hiring*, como se deu seu surgimento, o que a diferencia de uma aquisição tradicional, o contexto que a justifica e a razão pela qual essa forma de aquisição tem sido cada vez mais utilizada por empresas no mundo todo, especialmente no setor de tecnologia. Por fim, abordar-se-á alguns casos de destaque em que houve a implementação desse tipo de operação.

Assim, no item 1.1, serão apresentados o conceito de *acqui-hiring* e o contexto do surgimento dessa modalidade de operação. No item 1.2, serão discutidas as características próprias desse tipo de transação, que a diferenciam de outras formas convencionais de aquisições. No item 1.3, tratar-se-á das razões que levam as empresas a optarem por esse tipo de transação. E, por último, no item 1.4, serão trazidos exemplos de casos emblemáticos, para ilustrar a crescente utilização desse tipo de abordagem.

1.1. Conceito e contextualização

Ao passo em que o capital humano é um fator chave para a competitividade de um negócio⁵²³ e que adquirir e reter talentos está se tornando cada vez mais difícil, especialmente em mercados dinâmicos e em franca expansão, algumas empresas começaram a realizar aquisições de startups, tendo como único ou principal objetivo adquirir talentos e mão de obra qualificada⁵²⁴, guiando-se pelas oportunidades que esses talentos possam gerar no futuro. Essas aquisições ficaram conhecidas como *acqui-hires*.

As transações de *acqui-hiring* podem ser conceituadas como aquelas em que a empresa compradora tem como fator motivador da aquisição o objetivo de contratar e reter parte ou toda a força de trabalho da empresa que está sendo adquirida. Nesse tipo de operação societária, como destacado por Pedro Milioni e Marcelo Marinho, o foco não são os produtos, serviços,

⁵²³ BAKIR, et. al. ACQUI-HIRES: REDEPLOYMENT AND RETENTION OF HUMAN CAPITAL POST-ACQUISITION. Istanbul: College of Administrative Sciences and Economics, Koç University. Setembro, 2023, p. 3.

⁵²⁴ SELBY, J. e MAYER, K. J. Startup Firm Acquisitions as a Human Resource Strategy for Innovation: The Acquire Phenomenon. 2013. pp. 2-3. Disponível em: https://mackinstitute.wharton.upenn.edu/wp-content/uploads/2013/04/Selby-Jaclyn-Mayer-Kyle_Startup-Firm-Acquisitions-as-a-Human-Resource-Strategy-for-Innovation-The-Acquire-Phenomenon.pdf.

ativos ou a posição de mercado da empresa que está sendo adquirida, mas, sim, os talentos ali existentes⁵²⁵.

Essas transações foram amplamente abordadas por Coyle e Polsky, em artigo pioneiro para o Duke Law Journal. No ensaio, os autores elucidam que:

Esses chamados “acqui-hires” representam uma ferramenta inovadora - e cada vez mais comum - por meio da qual as maiores e mais bem-sucedidas empresas de tecnologia do mundo atendem a sua intensa demanda por talento em engenharia. (tradução livre)⁵²⁶

Nesse panorama, as *acqui-hires* se tornaram uma estratégia de recursos humanos e costumam ocorrer com mais frequência na indústria de tecnologia, ambiente de grande competitividade e inovação. Como descrito por Anand Dev “Os recursos humanos de talento são diretamente proporcionais à necessidade de inovação, pois aprimoram as posições competitivas da empresa”⁵²⁷.

Não por acaso, o cenário objeto do estudo de Coyle e Polsky foi o Vale do Silício - ambiente marcado por uma acirrada competição por mão de obra qualificada e talentosa, que pode ser traduzida na oferta de inúmeros benefícios por parte das empresas de tecnologia para contratar e reter trabalhadores (como salários generosos, bônus, *stock options* etc.)⁵²⁸. Todavia, mesmo diante desse cenário, muitos profissionais, engajados com o sucesso de uma empresa nascente, prefeririam integrar startups⁵²⁹ - preferência que tem se fortalecido em razão da redução dos custos de lançar uma startup, do surgimento de novas fontes de financiamento e do

⁵²⁵ MILIONI, Pedro e MARINHO, Marcelo. Você sabe o que são operações de acqui-hiring e o que isso importa para o Direito do Trabalho? *Migalhas*, [s.l], mai. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/365897/operacoes-de-acqui-hiring-e-o-que-importa-para-o-direito-do-trabalho>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵²⁶ COYLE, John F.; POLSKY, Gregg D. Acqui-Hiring. *Duke Law Journal*, Carolina do Norte, EUA, v.63, n.2, novembro, 2013, p. 281. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=dlj>.

⁵²⁷ DEV, Anand. “Acquihire”: A Journey for Startup?. Oslo: Tese (Mestrado em Matemática e Ciências Naturais) - The Faculty of Mathematics and Natural Sciences, Universidade de Oslo. Noruega. 2021, p. 8. Disponível em: https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/88064/1/Anand-Dev_Business-Thesis_May-26-2021.pdf.

⁵²⁸ COYLE, John F.; POLSKY, Gregg D. Acqui-Hiring. *Duke Law Journal*, Carolina do Norte, EUA, v.63, n.2, novembro, 2013, p. 290-291. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=dlj>.

⁵²⁹ MILIONI, Pedro e MARINHO, Marcelo. Você sabe o que são operações de acqui-hiring e o que isso importa para o Direito do Trabalho? *Migalhas*, [s.l], mai. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/365897/operacoes-de-acqui-hiring-e-o-que-importa-para-o-direito-do-trabalho>. Acesso em: 02 dez. 2023.

próprio desenvolvimento econômico desse segmento, que permite às startups oferecerem salários mais competitivos⁵³⁰.

Assim, diante deste impasse - alta demanda por talentos em engenharia e dificuldade para atraí-los - passou-se a observar um avanço de operações de *acqui-hiring* por parte das principais empresas de tecnologia do Vale do Silício, que estavam continuamente adquirindo startups⁵³¹, não por estarem interessadas em seus ativos, projetos e tecnologia, mas, sim, nos profissionais que atuavam nesses empreendimentos inovadores, nas equipes e talentos ali existentes.

O próximo tópico abordará em detalhes as características dessas operações e suas diferenças em relação às operações de aquisição tradicionais.

1.2. Características das *acqui-hires* e diferenças em relação às formas convencionais de aquisições

Como bem se sabe, em uma aquisição convencional o objetivo da empresa compradora é adquirir a propriedade dos ativos duros da empresa, sejam eles tangíveis (como bens móveis e imóveis) ou intangíveis (como propriedade intelectual e lista de clientes)⁵³². Em contrapartida, em uma transação de *acqui-hire* o adquirente atribui pouco ou até mesmo nenhum valor a tais ativos, na verdade, o objetivo da operação decorre do interesse em contratar alguns ou todos os funcionários da empresa-alvo⁵³³. Ou seja, a principal diferença é que o foco de uma *acqui-hire* são os funcionários, não um produto ou serviço oferecido pela empresa⁵³⁴.

Quanto aos termos e condições de um acordo de *acqui-hire*, estes podem ser os mais variados, indo desde simples negociações a acordos estruturados como compras de ação e fusões, de acordo com as partes envolvidas e seus interesses - alguns fatores relevantes são o

⁵³⁰ COYLE, John F.; POLSKY, Gregg D. *Acqui-Hiring*. *Duke Law Journal*, Carolina do Norte, EUA, v.63, n.2, novembro, 2013, p. 292. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=dlj>.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 283-284,

⁵³² GALVÃO, Helder. O que está por trás do Acqui-Hiring? *MIT Technology Review*. 2022. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/o-que-esta-por-tras-do-acqui-hiring/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵³³ COYLE, John F.; POLSKY, Gregg D. *Acqui-Hiring*. *Duke Law Journal*, Carolina do Norte, EUA, v.63, n.2, novembro, 2013, pp. 293-294. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=dlj>.

⁵³⁴ BAKIR, et. al. *ACQUI-HIRES: REDEPLOYMENT AND RETENTION OF HUMAN CAPITAL POST-ACQUISITION*. Istanbul: College of Administrative Sciences and Economics, Koç University. Setembro, 2023, p.1.

número de funcionários que o comprador deseja contratar, o valor desses funcionários para o comprador e o valor da propriedade intelectual⁵³⁵.

Ainda assim, Coyle e Polsky apontam uma característica comum desses acordos, qual seja o fato de que o valor total de compensação pela transação é dividido em duas parcelas distintas: valores pagos pelo adquirente para efetivamente comprar a empresa e valores despendidos para compensar os empregados que serão efetivamente contratados pelo adquirente buscando reter a mão de obra⁵³⁶.

1.3. Fatores motivadores: por que seria preferível adquirir toda uma companhia ao invés de simplesmente contratar individualmente os empregados?

Ao avaliar a ideia de uma *acqui-hire* um dos questionamentos que salta aos olhos é por qual razão seria mais vantajoso passar por uma operação de aquisição com todas as questões acessórias envolvidas, ao invés de simplesmente abordar os trabalhadores almejados e fazer uma proposta. A segunda opção certamente parece mais barata e prática.

A literatura aponta alguns fatores motivadores dessa modalidade de aquisição: (i) possibilidade de contratar uma equipe de funcionários talentosos, que já tem sinergia e estão acostumados a trabalhar juntos; (ii) permite ao adquirente entrar rapidamente em um novo segmento, mesmo sem experiência prévia, na medida em que a nova equipe já a possui⁵³⁷; (iii) preservação do conhecimento tácito incorporado na dinâmica da equipe; e (iv) prevenção de vazamentos de conhecimento que possam reduzir o valor do novo capital humano⁵³⁸.

Todavia essas justificativas não parecem suficientes, considerando que é totalmente possível que uma determinada empresa aborde uma equipe inteira e negocie estímulos para que deixem seus empregos atuais.

Alguns autores, como o Professor Helder Galvão, também apontam outros motivos, posto que a operação pode ser uma forma de:

⁵³⁵ COYLE, John F.; POLSKY, Gregg D. op. Cit. p. 296-297. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=dlj>.

⁵³⁶ Ibidem, p. 296-298.

⁵³⁷ COYLE, John F.; POLSKY, Gregg D. op. Cit. p. 301-302. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=dlj>.

⁵³⁸ SELBY, J. e MAYER, K. J. *Startup Firm Acquisitions as a Human Resource Strategy for Innovation: The Acquire Phenomenon*. 2013. p. 18. Disponível em: https://mackinstitute.wharton.upenn.edu/wp-content/uploads/2013/04/Selby-Jaclyn-Mayer-Kyle_Startup-Firm-Acquisitions-as-a-Human-Resource-Strategy-for-Innovation-The-Acquire-Phenomenon.pdf.

se antecipar à concorrência por um custo baixo, em uma espécie de terceirização da inovação que permite a expansão e reinvenção de grandes companhias que podem, com esta modalidade de aquisição, mesclar a estrutura de uma grande empresa com o dinamismo e as boas ideias de uma startup.⁵³⁹

Assim, é preciso aprofundar a análise e avaliar outra possível força motriz de uma operação por *acqui-hire*.

Destaca-se como possível razão a busca por reduzir o risco de litígios. Tal hipótese foi extensamente avaliada por Coyle e Polsky, que apontaram que essa explicação só seria válida se os investidores, em um contexto de compra de startups, tivessem reivindicações legais válidas contra o comprador ou ex-empregados e, caso tenham, se poderiam ameaçar de modo contundente buscar uma reparação na Justiça. Os autores concluíram que se uma dessas duas condições não estiver presente, a redução do risco de litígio não poderia explicar a *acqui-hire*⁵⁴⁰.

É nesse cenário que desponta uma possível relação entre *acqui-hiring* e cláusulas de restrição de competição, podendo essas últimas motivarem a realização dessas operações. Essa possibilidade, inclusive, foi avaliada por Coyle e Polsky, mas foi afastada, tendo em vista que a análise por eles empreendida era voltada para a Califórnia, estado em que a aplicação dessas cláusulas é historicamente bastante restrita⁵⁴¹.

Dessa forma, os autores levantaram outra hipótese, sob o argumento de que a decisão de se envolver em uma *acqui-hiring* é complexa e envolveria uma série de fatores e mecanismos não legais, incluindo preocupações reputacionais e desejo de evitar sanções sociais⁵⁴².

Considerando uma análise mais genérica do fenômeno, este trabalho busca averiguar a hipótese de cláusulas de não concorrência como fatores determinantes para a realização de uma *acqui-hire* sob a ótica de jurisdição na qual estas cláusulas são passíveis de serem plenamente aplicadas. Essa hipótese será descrita com maiores detalhes no Capítulo 2.

1.4. Cases de destaque

⁵³⁹ GALVÃO, Helder. O que está por trás do Acqui-Hiring? *MIT Technology Review*. 2022. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/o-que-esta-por-tras-do-acqui-hiring/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁴⁰ COYLE, John F.; POLSKY, Gregg D. Acqui-Hiring. *Duke Law Journal*, Carolina do Norte, EUA, v.63, n.2, novembro, 2013, pp. 302-303. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=dlj>.

⁵⁴¹ Ibidem, p. 303-304.

⁵⁴² COYLE, John F.; POLSKY, Gregg D. Acqui-Hiring. *Duke Law Journal*, Carolina do Norte, EUA, v.63, n.2, novembro, 2013, pp. 311-312. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=dlj>.

Os principais exemplos de *acqui-hires* encontram-se no setor de tecnologia e envolvem as maiores empresas de tecnologia, como Facebook, Yahoo, Airbnb, Apple e Google.

A Apple, por exemplo, adquiriu a startup Lala, especializada em streaming, quando estava desenvolvendo seu serviço de música baseado em nuvem e contratou uma talentosa equipe de engenheiros da Lala que já possuía experiência em serviços de música em nuvem⁵⁴³. Em 2021, o CEO da Apple, Tim Cook, afirmou que a companhia comprou cerca de cem companhias nos seis anos anteriores - especula-se que muitas dessas tratam-se de *acqui-hires*⁵⁴⁴.

Em 2012, o Facebook - agora, Meta - *acqui-hired* o Lightbox⁵⁴⁵, aplicativo de compartilhamento de fotos para Android e, por conseguinte, contratou a equipe que possuía grande experiência desenvolvendo produtos para celulares⁵⁴⁶ e estaria focada especialmente no desenvolvimento móvel para Android e HTML5, o que se coadunava aos objetivos do Facebook⁵⁴⁷. O fundador da empresa elucidou com clareza a estratégia de *acqui-hiring* adotada pela companhia, *in verbis*:

O Facebook nunca comprou uma empresa pela empresa em si. Compramos empresas para obter pessoas excelentes. Para ter uma cultura verdadeiramente empreendedora, uma das coisas essenciais é garantir que estamos recrutando os melhores talentos. Uma das maneiras de fazer isso é concentrar-se na aquisição de excelentes empresas com fundadores talentosos. (tradução livre)⁵⁴⁸

O Airbnb também realizou uma *acqui-hire* ao adquirir o aplicativo Dailybooth, objetivando a contratação de seu CEO, grande talento por trás do aplicativo⁵⁴⁹. O Yahoo

⁵⁴³ JOHNSON, Bobbie. Just how much did Apple pay to buy lala.com – and why? *The Guardian*, [s.l], dez. 2009. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2009/dec/08/apple-lala-newly-asked-question>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁴⁴ LESWING, Kif. How Apple does M&A: Small and quiet, with no bankers. *CNBC*, [s.l], mai. 2021. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2021/05/01/how-apple-does-ma-small-and-quiet-with-no-bankers.html>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁴⁵ DEV, Anand. “Acquihire”: A Journey for Startup?. Oslo: Tese (Mestrado em Matemática e Ciências Naturais) - The Faculty of Mathematics and Natural Sciences, Universidade de Oslo. Noruega. 2021, p. 7. Disponível em: https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/88064/1/Anand-Dev_Business-Thesis_May-26-2021.pdf.

⁵⁴⁶ ROBERTSON, Adi. Facebook hires Lightbox photo sharing team, Lightbox.com shutting down June 15th. *The Verge*, [s.l], mai. 2012. Disponível em: <https://www.theverge.com/2012/5/15/3022072/facebook-hires-lightbox-photo-sharing-team>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁴⁷ O'DELL, J. Facebook's shopping spree continues with Lightbox *acqui-hire*. *Venture Beat*, [s.l], mai. 2012. Disponível em: <https://venturebeat.com/entrepreneur/facebook-lightbox-hire/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁴⁸ HINDMAN, Nathaniel C. Mark Zuckerberg: 'We Buy Companies To Get Excellent People'. *HUFFPOST*, [s.l], oct. 2010. Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/mark-zuckerberg-we-buy-co_n_767338. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁴⁹ LAWLER, Ryan. Airbnb Acqui-Hires Brian Pokorny And The Batch/DailyBooth Team To Boost Mobile Adoption. *TECHCRUNCH*, [s.l], jul. 2012. Disponível em: <https://techcrunch.com/2012/07/24/airbnb-brian-pokorny-batch-dailybooth/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

também o fez ao adquirir o Tumblr, tendo como objetivo a contratação de seu fundador, David Karp⁵⁵⁰.

No Brasil, podemos citar a aquisição da Beta Learning pela Clear Sale, cuja principal motivação foi o time de talentos da empresa adquirida e “a qualidade de relacionamento entre eles e a excelência na gestão de projetos”⁵⁵¹.

Outro destaque é a aquisição da PlataformaTec pelo Nubank, no início de 2020, que foi caracterizada como uma operação de *acqui-hiring* pela própria empresa: "Anunciamos hoje o acordo - conhecido no exterior como ‘acqui-hire’ - para contratar a equipe de projetos da consultoria PlataformaTec, formada por times de engenharia de software e especialistas em metodologias ágeis”⁵⁵². Logo depois, o Nubank adquiriu a Cognitect, consultoria americana de engenharia de software⁵⁵³.

Outro exemplo, foi a operação realizada pela Loggi ao adquirir a startup WorldSense, para nomear novo Chief Technology Officer (CTO) e contratar todos os talentos da empresa⁵⁵⁴.

O iFood também realizou uma *acqui-hire*, comprando a Hekima, empresa de IA, ciência de dados e Big Data⁵⁵⁵. Igualmente, a Gympass adquiriu a Flaner⁵⁵⁶.

7. NEGOCIAÇÃO POR *ACQUI-HIRE* E OS REFLEXOS NA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO

Como visto, nos últimos anos a operação de *acqui-hiring* se tornou comum entre startups e empresas que possuem capital humano destacado. Em razão disso, esse tipo de

⁵⁵⁰ O'DONNELL, Charlie. Yahoo's \$1.1 billion *acqui-hire* of David Karp. *Fortune*, [s.l.], mai. 2013. Disponível em: <https://fortune.com/2013/05/20/yahoos-1-1-billion-acqui-hire-of-david-karp/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁵¹ TCHILIAN, Felipe. ClearSale anuncia sua primeira aquisição da história em modelo *acqui-hire*. *Blog Clear Sale*, [s.l.], jan. 2022. Disponível em: <https://blogbr.clear.sale/clearsale-anuncia-sua-primeira-aquisi%C3%A7%C3%A3o-da-hist%C3%B3ria-em-modelo-acqui-hire>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁵² NUBANK. *Redação Nubank*, Janeiro, 2020. Nubank faz primeira aquisição de sua história - o que isso significa? Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/nubank-faz-primeira-aquisicao-de-sua-historia-acqui-hire/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁵³ NUBANK. *Redação Nubank*, Julho, 2020. Nubank adquire empresa americana criadora do Clojure. Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/nubank-acquire-cognitect/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁵⁴ BORSARI, Jéssica. Cientistas da Computação podem programar um novo futuro para o Brasil. *Medium*, [s.l.], abril, 2020. Disponível em: <https://partiu.loggi.com/cientistas-da-computa%C3%A7%C3%A3o-podem-programar-um-novo-futuro-para-o-brasil-62faa9a1850f>. Acesso em: 01 dez 2023.

⁵⁵⁵ MARI, Angelica. Brazilian unicorn iFood announces *acqui-hire* to boost AI talent base. *ZDNET*, [s.l.], jan. 2020. Disponível em: <https://www.zdnet.com/article/brazilian-unicorn-ifood-announces-acqui-hire-to-boost-ai-talent-base/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

⁵⁵⁶ INGIZZA, Carolina. Gympass compra startup portuguesa de inteligência artificial. *EXAME*, [s.l.], dez. 2019. Disponível em: <https://exame.com/pme/gympass-compra-startup-portuguesa-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

transação tornou-se objeto de alguma atenção e pesquisa científica, porquanto pode representar, muitas vezes, verdadeira alternativa para a mitigação da concorrência no mercado de trabalho.

Ocorre que, como apresentado no item 1.3, é possível levantar a hipótese de que cláusulas de não concorrência são fatores determinantes para a realização de uma *acqui-hire*. Partindo-se dessa hipótese, far-se-á uma análise dos possíveis reflexos advindos das *acqui-hires* e o impacto dessas aquisições no mercado de trabalho.

2.1. Cláusulas non-competite como fatores motivadores para uma *acqui-hire*: contextualização

Como já aclarado, nas *acqui-hires* o objeto central da negociação não é a atividade empresarial em si, mas sim, os empregados de uma determinada empresa que podem representar tanto uma ameaça, como uma oportunidade competitiva para outra companhia.

Diante desse cenário, pode-se avaliar algumas estratégias de atuação por parte da empresa que busca atrair talentos, como a tentativa de recrutamento ou, nos casos em que os talentos estão vinculados por cláusulas de não concorrência, a *acqui-hire* desponta como uma alternativa viável. Ao invés de se expor a riscos jurídicos com eventual quebra contratual do empregado, por meio de oferta de trabalho, a empresa opta por adquirir a outra, tendo como foco principal ou exclusivo a força de trabalho da companhia adquirida.

Assim, para fins de melhor compreensão, far-se-á contextualização acerca da cláusula *non-competite* ou de não concorrência, que consiste na obrigação imposta no contrato de trabalho ou contrato adjacente que determina a proibição de o empregado abrir concorrência por meio da exploração de nova atividade que possa representar risco ao seu empregador ou até mesmo de procurar ou aceitar proposta de trabalho em empresa concorrente.

Com isso, o empregado permanece vinculado e limitado ao contrato de trabalho, por prazo estipulado e de acordo com a demarcação geográfica, mesmo após o seu encerramento, o que, a depender dos termos pactuados e da jurisdição, pode ser considerado como violação à concorrência.

Desse modo, quando uma empresa almeja talentos de sua concorrente que estão atrelados por cláusula *non-competite*, não sendo possível formular proposta para sua contratação e/ou iniciação de uma nova atividade empresarial que possa representar concorrência direta com a empresa contratante, inicia-se uma negociação para aquisição da empresa contratante.

Em razão disso, essas aquisições empresariais têm tomado a vertente de “aquisições matadoras” ou *killer acquisitions*, porquanto podem acarretar a “morte” da empresa adquirida enquanto o enfoque está cingido no capital humano e não na atividade concorrente em si⁵⁵⁷.

Diante disso, questiona-se se essa aquisição é benigna ou não para a concorrência. Isso porque por um lado, as *acqui-hires* têm se voltado para a aquisição de equipes inteiras, mitigando as chances de crescimento e fortalecimento de novos agentes econômicos, evitando que os concorrentes se fortaleçam, mas, por outro, também são uma opção para transpor cláusulas de não concorrência e, de certa forma, possibilitar o fluxo dos funcionários, desde que não seja imposta uma nova cláusula semelhante ao empregado.

Caso isso ocorra, essa operação passaria a representar uma forma de minar a produtividade e reter talentos dentro de empresas, o que pode violar a concorrência, bem como a eficiência, posto que esses empregados poderiam ser mais úteis em outro lugar, ou até mesmo se a startup permanecesse operacional.

Neste viés, há impacto para o mercado de trabalho quando se trata de aquisição por empresa de baixa correspondência de uma startup, uma vez que impacta na geração de lucros e esse cenário é ainda pior quando são negociações envolvendo empresas de alta correspondência, pois a perda da eficiência seria ainda maior⁵⁵⁸.

Na visão de Benkert e Shuo Liu⁵⁵⁹,

Efetivamente, uma empresa de baixa correspondência 1 está disposta a pagar mais caro ao fazer a ‘acqui-hire’ para evitar o surgimento potencial de uma empresa 2 altamente competitiva. Embora uma empresa de baixa correspondência 1 obtenha algum ganho de eficiência com a ‘acqui-hire’, é a ameaça de uma empresa 2 mais competitiva que motiva a ‘acqui-hire’. Portanto, a retenção de talentos é mais provável se o preço da aquisição πE for baixo e a probabilidade de um concorrente de alta correspondência λ é alta. (tradução livre).

Assim, as *acqui-hires* podem representar uma retenção de talentos ineficiente, quando aumenta a volatilidade do emprego de funcionários adquiridos na transação. Diante disso, a regulação acerca dessa matéria é pauta de tamanha relevância, posto que seus impactos

⁵⁵⁷ BENKERT, Jean-Michel; SHUO LIU, Igor Letina. *Startup Acquisitions: Acqui-hires and Talent Hoarding*. Universität Bern. Faculty of Business, Economics and Social Sciences Department of Economics. Papers 2308.10046, arXiv.org, revised 23-09 October, 2023, p. 3. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/arx/papers/2308.10046.html>.

⁵⁵⁸ BENKERT, Jean-Michel; SHUO LIU, Igor Letina. *Startup Acquisitions: Acqui-hires and Talent Hoarding*. Universität Bern. Faculty of Business, Economics and Social Sciences Department of Economics. Papers 2308.10046, arXiv.org, revised 23-09 October, 2023, p. 3. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/arx/papers/2308.10046.html>.

⁵⁵⁹ Ibidem, p. 8.

extrapolam a negociação empresarial e atingem relações de emprego e até mesmo os consumidores.

A avaliação dos efeitos concorrenciais dessas operações é complexa e deve considerar uma série de fatores, em especial (i) efeitos concretos para o livre fluxo de trabalhadores no mercado; (ii) imposição ou não de cláusula de não concorrência após a operação de *acqui-hire*; e (iii) a condição econômica da empresa adquirida – seu destino seria a falência ou era uma empresa economicamente viável?

Trata-se de um fenômeno complexo, que merece maior atenção da academia e das autoridades de concorrência no mundo.

A despeito da relevância acerca das discussões envolvendo as aquisições por *acqui-hires*, não se pode olvidar que o bem-estar humano deve ser o ponto inicial nas relações, assim, a eventual proibição de aquisições tem o escopo de resguardar o bem-estar esperado do trabalhador e do consumidor, pois, somente assim a economia local ou mundial será saudável.

Investir em inovação saudável e com um PIB positivo que harmoniza com os anseios humanos é dar oportunidades para novas ideias e gerações que possam mostrar sua identidade, se não for assim, o mercado cria uma zona de morte onde os novos já nascem reféns e nas mãos de grandes startups ou grupos economicamente poderosos, e isso pode ser caracterizado como prejudicial para o mercado de trabalho, pois desestimula a entrada dos novos, pequenos e médios empresários.

3.1. Interpretação da aquisição por *acqui-hiring* à luz da cláusula *non-competete*

Cediço que nos contratos de trabalho que são firmados entre empresas e trabalhadores a inserção de cláusulas de restrição à competição ou *non-competete* tem se tornado mais frequente, seja com o intuito de preservar o sigilo da atividade, seja para estabelecer parâmetros após o término do contrato.

A violação destas cláusulas pode acarretar a instauração de processo por quebra de contrato, inclusive com a possibilidade de concessão de liminar ordenando ao trabalhador que pare com o comportamento violador, além da imposição de perdas e danos.

De acordo com a *Federal Trade Commission - FTC*⁵⁶⁰, estima-se que aproximadamente 1 em cada 5 trabalhadores americanos está vinculado por uma cláusula de não concorrência. Em 47 estados, as cláusulas *non-competete* podem ser aplicadas sob certas circunstâncias, 11

⁵⁶⁰ Federal Trade Commission - FTC (2023). *Non-Compete Clause Rulemaking*. Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2023/01/19/2023-00414/non-competete-clause-rule>.

estados e o Distrito de Columbia promulgaram estatutos tornando as cláusulas de não competição nulas ou inaplicáveis ou proibiram os empregadores de entrar em cláusulas de não competição com base no salário do trabalhador ou em um fator similar. Os Estados da Califórnia, Dakota do Norte e Oklahoma, por outro lado, invalidam cláusulas de não competição para quase todos os trabalhadores.

Sob o ponto de vista empresarial, as cláusulas de não competição podem ser interpretadas favoravelmente, porquanto aumentam o incentivo dos empregadores para fazer investimentos produtivos (formação de trabalhadores, atração de clientes, criação ou compartilhamento de segredos comerciais com os trabalhadores etc.), com isso, o impedimento do uso de cláusulas *non-competere* pode levar à retenção de investimentos, diminuindo a produtividade da empresa e o bem-estar social geral. Além do mais, é inconteste que elas representam fomento à livre iniciativa, à liberdade contratual e à proteção ao segredo do negócio.

De outra sorte, sob o ponto de vista do trabalhador, elas podem ser interpretadas como ultrajantes no que tange ao poder de negociação entre empregadores e trabalhadores, visto que muitas vezes não são objeto de negociação e acordo entre as partes, mas, sim, verdadeira imposição. Ademais, podem representar limitação à concorrência, uma vez que restringem a capacidade do trabalhador de mudar de emprego e reduzem a eficiência do mercado.

Não se pode olvidar que as cláusulas de não competição podem influir na redução de salários, o que aumenta as disparidades salariais raciais e de gênero, podem levar à baixa produtividade e inibir novos negócios, o que acarreta o aumento de preços e concentração de mercado, além de impedir a inovação e o empreendedorismo, com o desestímulo de novas startups e tecnologias.

A partir disso, a *Federal Trade Commission* propôs o reconhecimento das cláusulas *non-competere* como conduta injusta, anticompetitiva e ilegal, cujo escopo principal é a sua vedação, seja para novos contratos, como para os contratos vigentes, com a imposição do dever de revogar as cláusulas previamente pactuadas.⁵⁶¹

A proposta da *Federal Trade Commission* excetua as transações envolvendo contratos de franquia, bem como os negócios entre vendedor e comprador. Com essas medidas, a FTC pretende ampliar a concorrência nos mercados de trabalho, aumentar a inovação, com o fluxo

⁵⁶¹ Federal Trade Commission - FTC (2023). *Non-Compete Clause Rulemaking*. Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2023/01/19/2023-00414/non-competere-clause-rule>.

de trabalhadores e ideias, aumentar o rendimento de 3,3-13,9% para os trabalhadores americanos e promover a alocação mais eficiente da mão de obra.

De outra sorte, não se pode negar que o Direito de Sigilo Comercial é protegido por quase todos os ordenamentos, porquanto visa tutelar o segredo comercial e a atividade em si, o que também é favorável à competição. No entanto, vale salientar que esses acordos de não divulgação nem sempre se mostram suficientes para a proteção do empregador, uma vez que mesmo após a assinatura da cláusula *non-competete* o empregado ainda pode descumprir o pacto⁵⁶².

Na Europa⁵⁶³, o tema tem sido debatido à luz da *Doctrine of restraint of trade*, cujo intuito é equilibrar os interesses das partes com o interesse público na promoção da concorrência justa e na prevenção de práticas anticompetitivas. É uma análise ampla, prática e baseada na razão.

Genericamente, não há uma proibição geral, mas a cláusula de não concorrência será considerada inválida nos casos em que não se faça o que for razoavelmente necessário para fornecer proteção adequada a um ativo ou interesse legítimo do negócio. Sob esse ponto de vista, há a proposta de uma abordagem para a definição de mercado, com o uso de técnicas do direito da concorrência para avaliar o mercado em que o empregador está inserido.

No contexto brasileiro, há que se salientar que o Tribunal Superior do Trabalho - TST já decidiu que a cláusula de não concorrência em si não é abusiva quando houver indenização, não caracterizar intimidação do empregado, não limitar sua atuação no mercado de trabalho, nem prejudicar seu sustento.

No agravo em agravo de instrumento no recurso de revista apreciado entendeu-se que a cláusula de não concorrência se restringia, apenas, a atividades correlatas à da empregadora, portanto, nada impedia sua atuação em outros ramos^{564 565}.

⁵⁶² Federal Trade Commission - FTC (2023). Non-Compete Clause Rulemaking. Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2023/01/19/2023-00414/non-competete-clause-rule>.

⁵⁶³ MCMAHON, Christopher; EUSTACE, Alan. Nothing to Lose but Their Restraints of Trade: Lessons for Employment Non-Compete Clauses from EU Competition Law. *Industrial Law Journal*, v. 52, n. 2, p. 409-450, 2023. Disponível em: <https://academic.oup.com/ilj/article/52/2/409/6862045>.

⁵⁶⁴ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, *SECOM - Secretaria de Comunicação do TST*, Agosto, 2021. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/cl%C3%A1usula-contratual-de-n%C3%A3o-concorr%C3%Aancia-n%C3%A3o-%C3%A9-considerada-abusiva>. Acesso em: 09 dez. 2023.

⁵⁶⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. PROCESSO Nº TST-Ag-ARR - 1002437-3.2015.5.02.0466. Preliminar de Nulidade do Acórdão Regional por Negativa de Prestação Jurisdicional. Argumentação Genérica. Desfundamentado. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Distrito Federal. Brasília, 09 de jun de 2021. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=>

Em suma, o que se observa é que o TST tende a analisar a situação real para fins de pronunciamento pela legalidade ou ilegalidade da cláusula de não concorrência, inclusive o reconhecimento de sua nulidade, no entanto, cumpre mencionar que em muitos casos a alegação de nulidade fora afastada, uma vez que não restou comprovado prejuízo do empregado que assumiu o encargo e, ao mesmo tempo, fora recompensado pela limitação imposta na referida cláusula.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do agravo regimental no recurso extraordinário com agravo n.º 1.400.546⁵⁶⁶ São Paulo, julgado em 09/05/2023, quando denegou o agravo regimental e manteve o v. acórdão, o Ministro Relator Gilmar Mendes asseverou que:

Na hipótese, a controvérsia envolve o contraponto entre a ‘liberdade de concorrência’ de um lado, e ‘liberdade do exercício de trabalho’ aliado à ‘valorização social do trabalho’ de outro, e reside em saber se a cláusula intitulada de ‘não aliciamento’ é válida, a qual estipula que a Automec estaria

proibida de contratar os empregados da Deck listados no Anexo IV, sem prévia autorização desta, que inclusive estava exigindo uma compensação financeira para conceder tal autorização. Nessa esteira, convém contextualizar ainda, que os trabalhadores não participaram dessa negociação e tampouco consentiram com ela.

(...)

Portanto, a cláusula de não concorrência estipulada entre as rés deveria estar baseada em outros aspectos e parâmetros, que não afrontassem os direitos subjetivos dos trabalhadores.

(...)

Nessa esteira, sendo evidente a violação a preceitos trabalhistas fundamentais, bem como aos princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos, e, portanto, a afronta a valores coletivos altamente protegidos, escorreito o reconhecimento de ato ilícito (art. 186 e 187), sendo corolário o dever de indenizar (art. 927 do Código Civil), ante à patente ofensa ao patrimônio moral social.

Curiosamente, tanto nas pesquisas realizadas perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, quanto TST e STF, utilizando os termos de busca “*acqui-hiring* e *acqui-hire*”, por jurisprudência que trate sobre aquisição de talentos ou *acqui-hiring* retornaram negativas o que, indubitavelmente, dificulta uma análise mais acurada dos impactos destas

[&numeroTst=1002437&digitoTst=53&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0466&submit=Consultar](#). Acesso em: 09 dez. 2023.

⁵⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.400.546. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito do Trabalho. 3. Tribunal de origem reconheceu a ilegalidade de cláusula de não concorrência. Indenização. Dano moral coletivo. 4. Discussão de natureza infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Necessidade de reexame do acervo probatório e de cláusulas contratuais. Súmulas 279 e 454 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental. Relator: Min. Gilmar Mendes. Distrito Federal. Brasília, 09 de maio de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768498395>. Acesso em 09 dez. 2023.

transações no mercado de trabalho brasileiro, por essa razão, vamos nos ater a uma perspectiva mercadológica.

4. *ACQUI-HIRING*: NOVA FORMA DE CONTRATAÇÃO?

Feitas essas considerações, o que se observa é a adoção de aquisições por meio de *acqui-hirings* como uma nova forma de contratação. Ora, seja pelo vínculo concernente à presença de cláusula de não competição nos contratos de trabalho ou como um meio mais eficiente de aquisição de mão de obra qualificada, o que se observa é que o vínculo estabelecido com as *acqui-hires* tem ganhado relevo no mercado brasileiro, como demonstrado nos exemplos citados anteriormente.

Nessa perspectiva, é inconteste que o valor de uma startup está atrelado principalmente aos seus funcionários, assim, está nítido que esta transação possui o enfoque nos talentos e não na tecnologia em si, uma vez que esta pode ser licenciada ou adquirida, enquanto os empregados não.

Um adquirente com correspondência inferior terá, de fato, incentivo para vender a tecnologia a um concorrente com correspondência superior, pois o preço compensará qualquer redução nos lucros de mercado devido à maior eficiência do concorrente. Dessa forma, as empresas não terão motivo para reter a tecnologia, ao passo que o incentivo para reter talentos permanece. De maneira intrigante, a retenção de talentos agora ocorre para um conjunto estritamente maior de parâmetros, uma vez que a opção de revender tecnologia efetivamente subsidia a retenção de talentos.

Nesta esteira, Rodrigo Nigri⁵⁶⁷ expõe que no mercado atual sobra recursos financeiros, enquanto falta mão de obra qualificada, sobretudo no ramo de tecnologias⁵⁶⁸, por esse motivo, a transação por *acqui-hiring* tem se expandido também no mercado nacional, tanto pelo fato de tratar de salários de altíssima monta, quanto contratação remota, nacional ou internacional.

⁵⁶⁷ NIGRI, Rodrigo. Acqui-Hire: nova forma de caça talentos no mercado. GRANT THORNTON [s.l], abr. 2022. Disponível em: <https://www.grantthornton.com.br/insights/artigos-e-publicacoes/acqui-hire-nova-forma-de-caca-talentos-no-mercado/>.

⁵⁶⁸ RAGAZZI, Ana Paula. ClearSale faz seu primeiro M&A, um ‘acqui-hire’ em software. BRAZIL JOURNAL [s.l], jan. 2022. Disponível em: <https://braziljournal.com/clearsale-faz-seu-primeiro-ma-um-acqui-hire-em-software/>.

Essa disputa, entretanto, por mão de obra qualificada pode acarretar algumas consequências, dentre elas o artigo de Rodrigo Nigri destaca as seguintes: continuidade e cultura organizacional, uma vez que há obstáculos no âmbito da integração de sistemas, processos, produtos e pessoas. Remuneração adicional, posto que além do valor referente à transação “é importante somar ao preço pago, os novos salários, bônus e eventualmente programa de Stock Options a fim de verificar se o pay off está coerente com o objetivo da transação e retorno esperado”, o que justifica a permanência na empresa por dado período.

A vinculação pela cláusula de não concorrência tem como intuito reforçar a permanência na empresa depois da aquisição, enquanto a contraprestação contingente (ou cláusulas de *earn out*) associada ao pagamento como *compensation* visam atribuir pagamento adicional pelo atingimento das metas de vendas e difusão do produto da startup.

Outro aspecto que tem suscitado questionamentos diz respeito aos impactos fiscais de *acqui-hires*. De acordo com a InfoMoney⁵⁶⁹:

A depender da forma como a stock option (principal ferramenta de formação do preço de contratação) for desenhada, a operação será vista como mercantil ou remuneratória, o que implica impactos fiscais distintos. Enquanto no primeiro, apenas eventual ganho de capital é tributado pelo imposto de renda, no segundo, incidiriam tanto contribuição previdenciária quanto imposto de renda sobre o rendimento.

[...]

Em resumo, na estruturação de *acqui-hires*, atenção especial deve ser dedicada a formação do preço e impactos fiscais. São itens com nuances econômicas e jurídicas relevantes que determinarão o sucesso da transação. Em *acqui-hirings*, o relacionamento das partes se estreita após a aquisição. Mais do que em outros negócios, é fundamental que a transação que batizou o relacionamento seja construída sobre base sólida.

Diante do cenário expansivo das *acqui-hires* no Brasil, suscita-se a necessidade de vigilância sob a perspectiva do trabalhador, vez que este não participa efetivamente das transações comerciais, mas, todavia, é objeto da negociação.

Nessa ótica, a crítica recai sobre a Lei Complementar 182, de 1º de junho de 2021⁵⁷⁰, que estabelece o marco legal das startups. A referida Lei dispõe acerca das definições, princípios e diretrizes fundamentais, também trata do seu enquadramento jurídico e

⁵⁶⁹ NETO, Michel Neto; LUIZE, Marcelo S. “Acqui-hire”: o M&A de pessoas. *InfoMoney*, Maio, 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/um-brasil/acqui-hire-o-ma-de-pessoas/>. Acesso em 09 dez. 2023.

⁵⁷⁰ BRASIL. Lei Complementar n.º 182, de 1º de junho de 2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 jun. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp182.htm. Acesso em 15 out. 2023.

instrumentos de investimento em inovação. A lei aborda conceitos envolvendo o fomento à pesquisa, ao desenvolvimento e à inovação, trata sobre os programas de ambiente regulatório experimental e o processo de seleção e contratação de soluções inovadoras pelo Estado, no entanto, a Lei não trata sobre as negociações de aquisição de startups e seus reflexos.

Irrefutavelmente, a lei deixou de tratar sobre as transações que envolvem as startups, outrossim, as chamadas *acqui-hires*, assim, o que se percebe é que o legislador infraconstitucional fora omissivo e perdeu a chance de tratar o assunto.

Ademais, ressalta-se a preocupação com fraudes e a necessidade de que as referidas transações sejam realizadas sob o manto da transparência, com a utilização de compliance, *due diligence* e governança cooperativa, pois esses institutos podem prevenir contra qualquer ação que possa prejudicar não somente as empresas envolvidas, mas, sobretudo, o capital humano envolvido e a concorrência.

Por derradeiro, outro ponto também ganha destaque, qual seja, a propriedade intelectual, nesse aspecto Galvão e Pureza⁵⁷¹ chamam a atenção para o seguinte desafio:

Do ponto de vista jurídico, são muitos os desafios, mas o tema de propriedade intelectual é o que mais chamará a atenção dentro de uma operação de aquisição de *acqui-hiring*. Se tomarmos como referência um típico procedimento de *due diligence*, teremos, inicialmente, as exigências do investidor-comprador baseadas no rígido mapeamento do know-how da empresa a ser adquirida. A ausência de uma mínima governança em propriedade intelectual, como no exemplo da ausência de cessões de direitos autorais dos desenvolvedores que atuaram na startup ou que ainda atuam como colaboradores, a possibilidade de saída repentina de cérebros ou um baixo número de depósitos naquela autarquia federal, representarão uma operação *acqui-hiring* de alto risco ou, quando muito, de valuation baixo.

Além dessas, outras implicações são destacadas por Bhargava e Venugopalan⁵⁷², posto que a aquisição por *acqui-hires* podem ser opções baratas, de rápida inovação e transações menos custosas. No âmbito humano, elas expandem as possibilidades de contratação de gerentes e corpo técnico qualificado que antes era inacessível, o que pode se tornar um modelo incipiente de contratação.

⁵⁷¹ BRASIL. Lei Complementar n.º 182, de 1º de junho de 2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2 jun. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp182.htm. Acesso em 15 out. 2023.

⁵⁷² BHARGAVA, Neha; VENUGOPALAN, Vishwanath. *MBA Research Fellowship at the Wharton Mack Center for Technological Innovation*. January 31, 2013. Disponível em: https://mackinstitute.wharton.upenn.edu/wp-content/uploads/2013/01/Bhargava-Neha-Venugopalan-Vishwanath_Final-Paper_MKTG-890-20121.pdf. Acesso em 09 dez. 2023.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS E RESULTADOS

Como é sabido, o Brasil ainda se encontra atrás na corrida tecnológica, estima-se, inclusive, que esse *delay* possa chegar a uma diferença de 10 anos quando comparado com o contexto norte-americano. Isso repercute, inclusive, nas discussões referentes à prática de *acqui-hiring* que somente têm ganhado proporção no Brasil recentemente, enquanto no panorama internacional, já são praticadas desde o início dos anos 2000.

Nota-se que as *acqui-hires* podem se mostrar como efetivo meio de recrutamento com alto teor de sucesso, sobretudo por envolver um mercado volátil e dinâmico⁵⁷³, todavia, não se pode olvidar que essas transações devem estar revestidas de transparência, lealdade e honestidade, como meio de equilibrar a balança das negociações, preservando tanto trabalhadores quanto a concorrência.

De acordo com o artigo veiculado pela coluna Estúdio Jota⁵⁷⁴:

A comunidade de early adopters[2], por exemplo, vê com maus olhos o alastramento do fenômeno de *acqui-hiring*, pois o mesmo indica a facilidade com que empresas de base tecnológica podem ser descontinuadas[3], afetando a perenidade do uso de serviços e produtos no tempo.

Associa-se a esta preocupação a incerteza de que o capital humano será efetivamente mantido após a transação, bem como o nível de rotatividade, que pode ser mais elevado do que as contratações usuais, o que está atrelado à falta de participação dos empregados, acarretando problemas organizacionais.

Como todo modelo de negócios, as aquisições por *acqui-hires* possuem alto nível de aplicação, no entanto, não se pode olvidar que as consequências advindas merecem a atenção da comunidade jurídica, sobretudo pela ausência de farta bibliografia especializada que avalie o assunto de maneira mais acurada.

A despeito disso, sem a audácia de esgotar a matéria, este ensaio buscou elucidar os conceitos e principais inquietações adjacentes que foram aqui levantadas, no intuito de estimular o aprofundamento das pesquisas e as discussões que envolvem o tema sob a ótica das cláusulas de não competição e seus efeitos concorrenciais no mercado de trabalho.

⁵⁷³ GALVÃO, Helder; PUREZA, Isabela. *Acqui-Hiring e startups: panorama jurídico de um fenômeno*. JOTA, [s.l.], jun. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/acqui-hiring-startups-panorama-juridico-tecnologia-01062021>. Acesso em 09 dez. 2023.

⁵⁷⁴ Ibidem, online.

Assim, buscou-se investigar a hipótese de a aquisição de talentos por *acqui-hiring* ser vista como uma alternativa para cláusulas *non-compete* e, por um lado, beneficiar a concorrência, considerando os efeitos adversos desse tipo de pactuação. Todavia, por outro lado, em muitos casos, após a operação de *acqui-hiring*, as empresas adquirentes optam por impor cláusulas de não concorrência, como forma de buscar reter esses talentos, de modo que o efeito final poderia ser, na verdade, a mitigação da concorrência e da inovação, com o fim das atividades da empresa adquirida. Destacou-se, ainda, que a análise desses efeitos deve considerar a situação da empresa adquirida e sua viabilidade econômica.

Complementarmente, insta salientar que a caça por esses talentos deve estar em voga, com enfoque dado ao bem-estar do trabalhador e ao estímulo à concorrência, o que suscitará, irremediavelmente, o pronunciamento dos Tribunais e da autoridade da concorrência acerca da presença de abuso ou não, de acordo com cada caso concreto, sobretudo com o crescimento dessas transações no mercado brasileiro, para mitigar a utilização de *acqui-hires* como meio de restringir a concorrência e, por conseguinte, acarretar a violação de preceitos constitucionais sedimentados, como a livre-iniciativa, livre contratação e livre concorrência.

REFERÊNCIAS

BAKIR, et. al. *ACQUI-HIRES: REDEPLOYMENT AND RETENTION OF HUMAN CAPITAL POST-ACQUISITION*. Istanbul: College of Administrative Sciences and Economics, Koç University. Setembro, 2023. Disponível em:

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1002/smj.3556>. Acesso em 29 set. 2023.

BENKERT, Jean-Michel; SHUO LIU, Igor Letina. *Startup Acquisitions: Acqui-hires and Talent Hoarding*. Universität Bern. Faculty of Business, Economics and Social Sciences Department of Economics. Papers 2308.10046, arXiv.org, revised 23-09. October, 2023, p. 3.

BHARGAVA, Neha; VENUGOPALAN, Vishwanath. MBA Research Fellowship at the Wharton Mack Center for Technological Innovation. January 31, 2013. Disponível em: https://mackinstitute.wharton.upenn.edu/wp-content/uploads/2013/01/Bhargava-Neha-Venugopalan-Vishwanath_Final-Paper_MKTG-890-20121.pdf. Acesso em 09 dez. 2023.

BORSARI, Jéssica. Cientistas da Computação podem programar um novo futuro para o Brasil. *Medium*, [s.l], abril, 2020. Disponível em: <https://partiu.loggi.com/cientistas-da-computa%C3%A7%C3%A3o-podem-programar-um-novo-futuro-para-o-brasil-62faa9a1850f>. Acesso em: 01 dez 2023.

BRASIL. Lei Complementar n.º 182, de 1º de junho de 2021. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006. Diário Oficial da União,

Brasília, DF, 2 jun. 2021. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp182.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

_____. Tribunal Superior do Trabalho, SECOM - Secretaria de Comunicação do TST, Agosto, 2021. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/cl%C3%A1usula-contratual-de-n%C3%A3o-concorr%C3%Aancia-n%C3%A3o-%C3%A9-considerada-abusiva>. Acesso em: 09 dez. 2023.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. PROCESSO Nº TST-Ag-ARR - 1002437-3.2015.5.02.0466. Preliminar de Nulidade do Acórdão Regional por Negativa de Prestação Jurisdicional. Argumentação Genérica. Desfundamentado. Relator: Min. José Roberto Freire Pimenta. Distrito Federal. Brasília, 09 de jun de 2021. Disponível em: <https://consultaprocessual.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1002437&digitoTst=53&anoTst=2015&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0466&submit=Consultar>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 1.400.546. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito do Trabalho. 3. Tribunal de origem reconheceu a ilegalidade de cláusula de não concorrência. Indenização. Dano moral coletivo. 4. Discussão de natureza infraconstitucional. Ofensa reflexa à Constituição Federal. Necessidade de reexame do acervo probatório e de cláusulas contratuais. Súmulas 279 e 454 do STF. Precedentes. 5. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 6. Negado provimento ao agravo regimental. Relator: Min. Gilmar Mendes. Distrito Federal. Brasília, 09 de maio de 2023. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=768498395>.

COYLE, John F.; POLSKY, Gregg D. ACQUI-HIRING. *Duke Law Journal*, Carolina do Norte, EUA, v.63, n.2, novembro, 2013. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3400&context=dlj>.

DEV, Anand. “Acquihire”: A Journey for Startup?. Oslo: Tese (Mestrado em Matemática e Ciências Naturais) - The Faculty of Mathematics and Natural Sciences, Universidade de Oslo. Noruega. 2021. Disponível em: https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/88064/1/Anand-Dev_Business-Thesis_May-26-2021.pdf

Federal Trade Commission - FTC (2023). Non-Compete Clause Rulemaking. Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2023/01/19/2023-00414/non-competite-clause-rule>.

GALVÃO, Helder. O que está por trás do Acqui-Hiring? *MIT Technology Review*. 2022. Disponível em: <https://mittechreview.com.br/o-que-esta-por-tras-do-acqui-hiring/>

GALVÃO, Helder; PUREZA, Isabela. Acqui-Hiring e startups: panorama jurídico de um fenômeno. JOTA, [s.l], jun. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/nacao-inovadora/acqui-hiring-startups-panorama-juridico-tecnologia-01062021>. Acesso em 09 dez. 2023.

HINDMAN, Nathaniel C. Mark Zuckerberg: 'We Buy Companies To Get Excellent People'. *HUFFPOST*, [s.l], oct. 2010. Disponível em: https://www.huffpost.com/entry/mark-zuckerberg-we-buy-co_n_767338. Acesso em: 02 dez. 2023.

INGIZZA, Carolina. Gympass compra startup portuguesa de inteligência artificial. *EXAME*, [s.l], dez. 2019. Disponível em: <https://exame.com/pme/gympass-compra-startup-portuguesa-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

JOHNSON, Bobbie. Just how much did Apple pay to buy lala.com – and why? *The Guardian*, [s.l], dez. 2009. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2009/dec/08/apple-lala-newly-asked-question>. Acesso em: 02 dez. 2023.

LAWLER, Ryan. Airbnb Acqui-Hires Brian Pokorny And The Batch/DailyBooth Team To Boost Mobile Adoption. *TECHCRUNCH* [s.l], jul. 2012. Disponível em: <https://techcrunch.com/2012/07/24/airbnb-brian-pokorny-batch-dailybooth/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

LESWING, Kif. How Apple does M&A: Small and quiet, with no bankers. *CNBC*, [s.l], mai. 2021. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2021/05/01/how-apple-does-ma-small-and-quiet-with-no-bankers.html>. Acesso em: 02 dez. 2023.

MCMAHON, Christopher; EUSTACE, Alan. Nothing to Lose but Their Restraints of Trade: Lessons for Employment Non-Compete Clauses from EU Competition Law. *Industrial Law Journal*, v. 52, n. 2, p. 409-450, 2023. Disponível em: <https://academic.oup.com/ilj/article/52/2/409/6862045>.

MARI, Angelica. Brazilian unicorn iFood announces acqui-hire to boost AI talent base. *ZDNET*, [s.l]. jan. 2020. Disponível em: <https://www.zdnet.com/article/brazilian-unicorn-ifood-announces-acqui-hire-to-boost-ai-talent-base/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

MILIONI, Pedro e MARINHO, Marcelo. Você sabe o que são operações de acqui-hiring e o que isso importa para o Direito do Trabalho? *Migalhas*, [s.l], mai. 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalha-trabalhista/365897/operacoes-de-acqui-hiring-e-o-que-importa-para-o-direito-do-trabalho>. Acesso em: 02 dez. 2023.

NETO, Michel Neto; LUIZE, Marcelo S. “Acqui-hire”: o M&A de pessoas. *InfoMoney*, [s.l], mai. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/colunistas/um-brasil/acqui-hire-o-ma-de-pessoas/>. Acesso em 09 dez. 2023.

NIGRI, Rodrigo. Acqui-Hire: nova forma de caça talentos no mercado. *GRANT THORNTON* [s.l], abr. 2022. Disponível em: <https://www.grantthornton.com.br/insights/artigos-e-publicacoes/acqui-hire-nova-forma-de-caca-talentos-no-mercado/>.

NUBANK. *Redação Nubank*, Janeiro, 2020. Nubank faz primeira aquisição de sua história - o que isso significa? Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/nubank-faz-primeira-aquisicao-de-sua-historia-acqui-hire/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

NUBANK. *Redação Nubank*, Julho, 2020. Nubank adquire empresa americana criadora do Clojure. Disponível em: <https://blog.nubank.com.br/nubank-acquire-cognitect/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

O'DELL, J. Facebook's shopping spree continues with Lightbox acqui-hire. *Venture Beat*, [s.l], mai. 2012. Disponível em: <https://venturebeat.com/entrepreneur/facebook-lightbox-hire/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

O'DONNELL, Charlie. Yahoo's \$1.1 billion acqui-hire of David Karp. *Fortune*, [s.l], mai. 2013. Disponível em: <https://fortune.com/2013/05/20/yahoos-1-1-billion-acqui-hire-of-david-karp/>. Acesso em: 02 dez. 2023.

RAGAZZI, Ana Paula. ClearSale faz seu primeiro M&A, um 'acqui-hire' em software. *BRAZIL JOURNAL* [s.l], jan. 2022. Disponível em: <https://braziljournal.com/clearsale-faz-seu-primeiro-ma-um-acqui-hire-em-software/>.

ROBERTSON, Adi. Facebook hires Lightbox photo sharing team, Lightbox.com shutting down June 15th. *The Verge*, [s.l], mai. 2012. Disponível em: <https://www.theverge.com/2012/5/15/3022072/facebook-hires-lightbox-photo-sharing-team>. Acesso em: 02 dez. 2023.

SELBY, J. e MAYER, K. J. *Startup Firm Acquisitions as a Human Resource Strategy for Innovation: The Acquire Phenomenon*. 2013. pp. 1-42. Disponível em: https://mackinstitute.wharton.upenn.edu/wp-content/uploads/2013/04/Selby-Jaclyn-Mayer-Kyle_Startup-Firm-Acquisitions-as-a-Human-Resource-Strategy-for-Innovation-The-Acquire-Phenomenon.pdf.

TCHILIAN, Felipe. ClearSale anuncia sua primeira aquisição da história em modelo acqui-hire. *Blog Clear Sale*, [s.l], jan. 2022. Disponível em: <https://blogbr.clear.sale/clearsale-anuncia-sua-primeira-aquisi%C3%A7%C3%A3o-da-hist%C3%B3ria-em-modelo-acqui-hire>. Acesso em: 02 dez.