# COMÉRCIO INTERNACIONAL E CONCORRÊNCIA

## Desafios e Perspectivas atuais

## Volume III

Organizado por:
Amanda Athayde
Lílian Cintra de Melo

Colaboração:
Bruno Rodrigues Vieira

Organizado por:
**Amanda Athayde**
**Lílian Cintra de Melo**

Colaboração:
**Bruno Rodrigues Vieira**

# Comércio Internacional e Concorrência
# Desafios e Perspectivas Atuais
# Volume III

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Brasília
2021

ATHAYDE, Amanda; CINTRA DE MELO, Lílian (Orgs). *Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais - Volume III.* Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2021.

ISBN: 978-85-87999-12-2

1. Comércio internacional. 2. Defesa da concorrência. 3. Interface entre comércio internacional e concorrência.

**Organizado por:**
Amanda Athayde
Lílian Cintra de Melo

Colaboração:
Bruno Rodrigues Vieira

Diagramação e edição: Lílian Cintra de Melo e Isabella Petrof
Revisão: Amanda Athayde e Lílian Cintra de Melo
Capa: Amanda Athayde

# SUMÁRIO

**SOBRE AS ORGANIZADORAS _____ 6**

**SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES _____ 7**

**AS PRESSÕES GLOBAIS NA EVOLUÇÃO DA CONVERGÊNCIA ENTRE O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Amanda Athayde e Lílian Cintra De Melo _____ 14

**PARTE 1 - TÓPICOS ESPECIAIS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL _____ 35**

**1. São necessários parâmetros diferenciados para análise de interesse público em casos de dumping, de subsídios ou de indústrias fragmentadas?**

Bruna Linhares Ferrazzo e Francisco Niclós Negrão _____ 36

**2. Padrões de mercado e os desafios da OMC: Impactos sobre o Comércio Internacional e a resistência da União Europeia**

Carolina Bermúdez e Marconi Mélo Filho _____ 90

**3. A tributação indireta e o comércio internacional: Caminhos para uma reforma**

Ellen Caroline Teixeira _____ 123

**4. A experiência latino-americana na proteção de conhecimentos tradicionais por meio de acordos de comércio internacional**

Frederico Carrilho Donas _____ 146

**5. Gênero e comércio internacional: riscos jurídicos e geopolíticos inerentes à emenda proposta às cláusulas de gênero do Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile**

Gabriela Leoni Furtado _____ 170

**6. Efeitos da redução de carbono no Comércio Internacional: Análise comparativa entre Coreia do Sul e Brasil**

Geovana Pessoa da Vitória _____ 200

**7. Parâmetros para modulação/alteração de direitos com base em elementos de interesse público**

Marina Staibano _____ 233

**8. A gestão ESG do risco de violações aos Direitos Humanos nas multinacionais brasileiras: Do unilaterlismo regulatório à análise do formulário de referência das quinze multinacionais brasileiras com maior índice de internacionalização na Bolsa de Valores**

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues _____ 267

**PARTE 2 – TÓPICOS ESPECIAIS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA ___ 310**

**9. Um ACC do CADE pode impor a obrigação de uma empresa não requerer medida de defesa comercial? Uma análise do acordo de investimento da Braskem**

Alana Demarqui Garcia _____ 311

**10. Marketing ambiental enganoso como uma infração concorrencial: A instrumentalidade do direito antitruste na busca da preservação do meio ambiente**

André Portella e Julia Braga _____ 346

**11. Pink tax: As autoridades antitruste podem endereçar questões de gênero na análise de condutas de discriminação de preços?**

Fernanda Duarte Calmon Carvalho e Mariana Fontoura da Rosa _____ 382

**12. Aplicação de sanções de restrição de licitar e contratar com a administração pública?**

Giovana Vieira Porto _____ 410

**13. Marco regulatório de saneamento básico: Revisitando a concorrência na prestação de serviço público na ótica da neutralidade concorrencial**

Luciano Ramos de Oliveira _____ 448

**14. Futebol e plataformas digitais: Relação entre duas paixões nacionais sob a perspectiva antitruste**

Marco Antonio Fonseca Júnior _____ 476

**15. Pool de patentes como um instrumento de condutas anticoncorrenciais colusivas?**

Maria Carolina Rezende Vera e Mariana Ozaki Marra da Costa _____ 504

**16. Descumprimento da obrigação tributária no aspecto concorrencial e o dilema da competência do CADE**

Mônica Lima _____ 538

**17. O encontro entre antitruste e anticorrupção pelo aspecto da reparação do dano: Uma análise da concessão de desconto por reparação de danos pelo CADE em TCCs**

Sarah Roriz de Freitas _____ 558

**18. Qual o peso do CADE nas avaliações de interesse público em defesa comercial após o Decreto 10.044/2019 da CAMEX? Uma análise dos processos de interesse público entre 2019 e junho de 2021**

Tanise Brandão Bussmann_____ 589

**PARTE 3 – TÓPICOS ESPECIAIS DE INTERFACE ENTRE O COMÉRCIO INTERNACIONAL E A CONCORRÊNCIA _____ 625**

**19. *Analysis of the European Commission's proposal on foreign subsidies that distort the European internal market***

Adriano Macedo Ramos, Newton Batista da Costa Junior e Hearle Vieira Calvão __ 626

**20. Concentração setorial na aplicação de medidas antidumping no Brasil: Análise de fatores jurídicos e econômicos**

Anna Carolina Nogueira e Naiana Magrini _____ 653

**21. Carteis internacionais com efeitos indiretos no Brasil: Análise sobre a potencial permissividade da política antitruste vigente e mecanismos adicionais de repressão**

Ciro Martins Alvarenga _____ 680

**22. Adequação ao FCPA e ao Uk Bribery Act: Vantagens e desvantagens para as pequenas e médias empresas brasileiras**

Maria Augusta Viegas e Natália Ferreira Freitas Bandeira _____ 717

# SOBRE AS ORGANIZADORAS

**Amanda Athayde** é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Direito Concorrencial, Comércio Internacional e *Compliance*. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UMA. Ex-aluna da *Université Paris I – Panthéon Sorbonne*. É autora de dois livros e de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Direito Econômico, Comércio Internacional, Acordos de Leniência e Defesa Comercial. Servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior, tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Em 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. Em 2019, tornou-se Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Mãe do Pedro (2018) e do Lucas (2020).

**Lílian Cintra de Melo** é Professora Doutora Substituta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP, 2018) e bacharel em direito pela mesma instituição (USP, 2012), com período de mobilidade internacional no *Institut dÉtudes Politiques de Paris* (*Sciences-Po,* 2009/2010). Foi Pesquisadora Visitante (*visiting reseacher*) do *Institute for Global Law and Policy* da Faculdade de Direito de Harvard (IGLP, 2016) e coordenadora do Grupo Direito e Pobreza da Faculdade de Direito da USP (2013-2018). É Assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal. Responsável pelo *WIA Scholar* da rede *Women in Antitrust* (WIA), diretoria 2020-2021.

# SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

**Adriano Macedo Ramos** é Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental do governo federal, Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB) e Mestrando do Mestrado Profissional em Economia, Políticas Públicas e Desenvolvimento do IDP. Atualmente, ocupa a função de Coordenador-Geral de *Antidumping* e Medidas Compensatórias da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público, do Ministério da Economia.

**Alana Demarqui Garcia** é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e, atualmente, é advogada.

**Amanda Athayde** é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Direito Concorrencial, Comércio Internacional e *Compliance*. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UMA. Ex-aluna da *Université Paris I – Panthéon Sorbonne*. É autora de dois livros e de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Direito Econômico, Comércio Internacional, Acordos de Leniência e Defesa Comercial. Servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior, tendo atuado na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Em 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. Em 2019, tornou-se Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Mãe do Pedro (2018) e do Lucas (2020).

**André Luís Alvarenga Portella** é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e advogado nas áreas de contencioso cível e regulatório.

**Anna Carolina de Andrade Nogueira** é Servidora Pública Federal da carreira de Analista de Políticas Sociais. Atualmente, está lotada na Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público, atuando como investigadora de defesa comercial. Anna é graduada em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília (UnB) e possui mestrado em Políticas Públicas e Desenvolvimento pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Atuou na Secretaria de Agricultura Familiar de 2013 a 2020, onde foi Coordenadora de Fomento a Energias Renováveis.

**Bruna Linhares Ferrazzo** é Bacharel em Direito pela FGV Direito SP. É advogada em Magalhães e Dias – Advocacia, nas áreas de comércio internacional e direito concorrencial.

**Carolina de Almeida Bermúdez** é advogada e consultora da equipe de Comércio Internacional da BMJ. Anteriormente, teve experiências na Defensoria Pública do Distrito Federal e no Mattos Engelberg Advogados, tendo neste último trabalhado nas áreas de Penal Empresarial e Relações Governamentais. Foi vencedora do Prêmio IBRAC de Comércio Internacional 2020. É co-líder da iniciativa *Women Inside Trade – WIT Starters*. É graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

**Ciro Martins Alvarenga** é Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Pós-graduado em Direito Empresarial pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa. No período da graduação, estudou na faculdade de Direito e Ciências Econômicas (*Rechts-und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät*) da Universidade *Friedrich-Alexander* de Erlangen e Nuremberg (*Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg*). Atualmente, é advogado nas áreas de concorrencial e *compliance* e investigações.

**Ellen Caroline Teixeira** é Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e em Comunicação Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Procuradora da Fazenda Nacional desde 2016, atuando atualmente na Divisão de Acompanhamento Especial da Procuradoria Regional da Fazenda na 1ª Região.

**Fernanda Duarte Calmon Carvalho** é Bacharel em Direito pelo Centro Universitário IESB, Especialista em Direito, Estado e Constituição pela Universidade Cândido Mendes (UCAM), Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), advogada com 11 (onze) anos de experiência nas áreas do Direito Concorrencial, Contencioso Estratégico e Relações Governamentais.

**Francisco Niclós Negrão** é Sócio de Magalhães e Dias – Advocacia. É graduado *magna cum laude e highest honors* em Economia pela *Brandeis University* (prêmio Morris and Anna Feldberg por excelência em Economia; Phi Beta Kappa) e Graduado em Direito pelo UniCEUB. É Mestre em Economia e Finanças Internacionais pela *Graduate School of International Economics and Finance pela Brandeis University*, com passagem pela *Università Commerciale Luigi Bocconi.* Presidente da Comissão Permanente de Estudos de Comércio Internacional do Instituto de Advogados de São Paulo (IASP). Foi Diretor de Comércio Internacional do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) entre 2016 e 2019.

**Frederico Carrilho Donas** é pós-graduado em Economia para Direito da Concorrência pela *King's College London* e bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), com mais de 15 (quinze) anos de experiência assessorando clientes nacionais e estrangeiros em todos os aspectos da Lei de Defesa da Concorrência, Lei Anticorrupção e em litígios cíveis e empresariais em todas as instâncias do Poder Judiciário.

**Gabriela Leoni Furtado** é Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). É advogada, atuando como consultora na B&M Defesa em Comércio Internacional. Foi aluna especial do Mestrado em Direito da Universidade de Brasília (UNB) em Comércio Internacional e Concorrência em 2021. Possui especialização em Direito Aduaneiro pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios (CEDIN) em 2020. Participou de programa de mobilidade acadêmica para a Universidade de Coimbra, com foco em Economia Política e Direito do Comércio, em 2016/2017. É atual orientadora da equipe da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) para o *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, e anterior integrante da equipe, tendo recebido premiação individual destinada aos melhores oradores (*Martin Domke Award for Individual Oralists – Honorable Mention*).

**Geovana Pessoa** é Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB) e Consultora na área de Comércio Internacional na BMJ Consultores Associados e integrante da rede *Women Inside Trade*. Durante a graduação, participou de pesquisas pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Cientifica, da empresa júnior de Relações Internacionais especializada em comércio exterior e da elaboração de artigos acadêmicos no âmbito da política internacional.

**Giovana Vieira Porto** é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Vencedora do Prêmio IBRAC-TIM 2017, na categoria Graduação. Advogada nas práticas de *Compliance* e Direito da Concorrência em Pinheiro Neto Advogados.

**Hearle Vieira Calvão** é Analista de Comércio Exterior, com formação em Engenharia Mecânica e pós-graduação em Defesa Comercial e Pós-Graduação em Defesa da Concorrência e Direito Econômico. Atualmente, ocupa o cargo de Chefe de Divisão da Coordenação-Geral de *Antidumping* e Medidas Compensatórias da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público, do Ministério da Economia.

**Julia Braga** é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e advogada em VMCA Advogados.

**Lílian Cintra de Melo** é Professora Doutora Substituta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP, 2018) e bacharel em direito pela mesma instituição (USP, 2012), com período de mobilidade internacional no *Institut dÉtudes Politiques de Paris* (*Sciences-Po*, 2009/2010). Foi Pesquisadora Visitante (*visiting reseacher*) do *Institute for Global Law and Policy* da Faculdade de Direito de Harvard (IGLP, 2016) e coordenadora do Grupo Direito e Pobreza da Faculdade de Direito da USP (2013-2018). É Assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal. Responsável pelo *WIA Scholar* da rede *Women in Antitrust* (WIA), diretoria 2020-2021.

**Luciano Ramos de Oliveira** é Sócio Fundador do Marques e Ramos Advogados, Historiador, Bacharel em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e possui LLM em Direito dos Negócios e Governança Corporativa pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Aluno Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB).

**Marco Antonio Fonseca Júnior** é Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Pós-Graduado em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

**Marconi Mélo Filho** é Advogado da União desde 2009 com atuação na área de regulação e infraestrutura. Autor do livro "*Dumping no Mercosul*", publicado em 2013. Membro consultor da Comissão de Infraestrutura do Conselho Federal OAB Nacional. Especialista em Direito Administrativo pela UNIDERP. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB).

**Maria Augusta Viegas** é advogada graduada pela Universidade de Brasília (UnB). Atua diretamente com demandas concorrenciais e regulatórias no âmbito de setores de infraestrutura.

**Maria Carolina Rezende Vera** é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Mestranda em Direito Comercial na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo (USP).

**Mariana Fontoura da Rosa** é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e advogada da área de Direito Concorrencial no escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. E Quiroga Advogados.

**Mariana Ozaki Marra Da Costa** é advogada, Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Secretária-Geral Adjunta da Comissão de Processo Civil da OAB/DF e integrante da Comissão de Propriedade Intelectual da OAB/DF. Aluna Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB). Integrante do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado (GECEM/UnB); do Grupo de Estudos em Direito e Economia (GEDE – UnB/IDP); do Grupo de Estudos de Precedentes, Democracia e Direitos Humanos (ProLaw-Lab/UnB); e do Grupo de Estudos em Arbitragem (GEA/UnB).

**Marina Staibano G. Fernandes** é advogada das áreas de Comércio Exterior e Aduaneiro, Tributário e Relações Governamentais. Graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2015. Aluna do curso de Ciências Contábeis da Pontifícia Universidade Católica em São Paulo em 2018. Aluna Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB) em 2021. Membra do Comitê de Comércio Internacional do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) e da rede *Women Inside Trade.*

**Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues** é mestrando em Direito pela Universidade de Brasília.

**Mônica Lima** é Procuradora da Fazenda Nacional (PFN). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Santos e especialista em Direito Público pela Escola da Advocacia-Geral da União em parceria com a Escola Superior de Advocacia. Aluna Especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (PPGD/UnB).

**Naiana Magrini Rodrigues Cunha** é Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e advogada atuante nas áreas de Direito do Comércio Internacional e Concorrencial.

**Natália Ferreira Freitas Bandeira** é Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Possui experiência com a defesa de interesses privados em face da Administração Pública nas áreas de licitações, contratos administrativos e concorrência. Atualmente, é sócia do Torreão Braz Advogados, com atuação em direito administrativo.

**Newton Batista da Costa Junior** é Analista de Comércio Exterior, com formação em Engenharia da Computação pela UNICAMP e em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), cursou o Duplo Mestrado em Direito Internacional e Europeu pelas Universidades *KU Leuven* e *Universität Zürich*. Atualmente, lotado na Coordenação-Geral de *Antidumping* e Medidas Compensatórias da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público, do Ministério da Economia.

**Sarah Roriz de Freitas** é mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB), Pós-Graduada em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Advogada em Brasília, com enfoque em Tribunais Superiores e Direito Público.

**Tanise Brandão Bussmann** atua no Departamento de Estudos Econômicos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Sua formação é composta por graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2011), mestrado em Economia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014) e doutorado em Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2017). É professora do magistério superior vinculada à Universidade Federal do Pampa. Tem experiência na área de Economia, com ênfase em Métodos e Modelos Matemáticos, Econométricos e Estatísticos, em modelos de Macroeconomia e Microeconomia Aplicada.

# AS PRESSÕES GLOBAIS NA EVOLUÇÃO DA CONVERGÊNCIA ENTRE O DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Amanda Athayde e Lílian Cintra De Melo

Comércio internacional e a concorrência estão intimamente ligados em uma economia cada vez mais integrada e digital. O direito do comércio internacional e o direito antitruste compartilham objetivos comuns, tais como o bem-estar do consumidor, a alocação eficiente dos recursos internacionais, a promoção da inovação e a disponibilização de produtos e/ou serviços com melhor qualidade ou mais variados à população em geral. Em particular, a globalização do comércio estimulou a adoção de leis de defesa da concorrência, alcançando recentemente mais de 130 jurisdições.

No entanto, ainda que para muitos autores prevaleça a visão convergente de que, sem a legislação antitruste, não há livre comércio, há também quem defenda que as barreiras comerciais desempenham um importante papel no rescrudecimento da crise dos mercados globalizados[1]. Em um mundo amplamente polarizado, não há consensos sobre o tema. Como o antitruste ganhou os holofotes e está novamente no centro das discussões, passou-se a defender que a harmonização do direito da concorrência pode desempenhar um papel crucial no desenvolvimento do comércio internacional, hoje em crise. Mas não se pode deixar de mencionar a também crise no antitruste, que vem apresentando discussões cada vez mais intensas sobre seus reais objetivos, bem como a necessidade de endereçar de modo direto o aumento do poder de mercado pelas empresas.[2]

[1] HEINEMANN, Andreas ; CHOI, Yo Sop. Competition and Trade: The Rise of Competition Law in Trade Agreements and Its Implications for the World Trading System. **World Competition**, 43(4):521-542, 2020. Disponível em: https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/196346/1/Choi_Heinemann_Competition%26Trade_World_Competition_2020_off-print.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[2] ESTADOS UNIDOS. Executive Order on Promoting Competition in the American Economy. 09 Jul. 2021. Disponível em: https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/. Acesso em 19 de julho de 2021. *Face Sheet*: https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-

Do ponto de vista histórico, em razão do fracasso da Carta de Havana em 1947, não foi possível chegar a um acordo global de defesa da concorrência. No entanto, após a Conferência Ministerial da Organização Mundial do Comércio (OMC) em Cancún em 2003, o número de acordos comerciais bilaterais e regionais contendo capítulos de leis de concorrência, ou pelo menos regras relacionadas à concorrência, aumentou significativamente. Isso porque, se não é possível uma lei de concorrência vinculativa internacionalmente, é natural que os acordos comerciais bilaterais e regionais preencham essa lacuna para lidar com as inúmeras pressões globais.[3]

Muitos são os temas que ilustram essas pressões globais, tais como a atuação dos gigantes da tecnologia nos mercados digitais, os debates sobre sustentabilidade, inclusão e as práticas de *Enviromental and Social Governance* (ESG), a possibilidade de cooperação para bens e serviços essenciais no enfrentamento da pandemia, entre outros. Internacionalmente, menciona-se a publicação da "*Guidelines suistainability claims*"[4] da autoridade antitruste holandesa, em 2020, que trata das políticas da concorrência no contexto das práticas de sustentabilidade. Ainda nesse ano de 2020, o "*Open markets and sustainable economic activity – public interest objectives as a challenge for competition law*"[5] da autoridade antitruste alemã aborda a questão sob a perspectiva do interesse público. Já o "*Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency*"[6] da Comissão Europeia, de 2020, traz luz ao debate sobre os acordos de cooperação nas respostas à Convid-19. Além disso, o "*White Paper on levelling the playing field as regards foreign subsidies*" [7] também do

releases/2021/07/09/fact-sheet-executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/. Acesso em 19 de julho de 2021.

[3] *Idem ibidem.*

[4] Disponível em: https://www.acm.nl/en/publications/guidelines-sustainability-claims. Acesso em 10 de julho de 2021.

[5] Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2020/Working_Group_on_Competition_Law_2020.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em 10 de julho de 2021

[6] Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021

[7] Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2020:253:FIN. Acesso em 10 de julho de 2021

mesmo ano, da Comissão Europeia, aborda questões diretamente relacionadas à interface do comercio internacional e a concorrência: os subsídios.

Nacionalmente, merecem destaque as publicações relacionadas às áreas de defesa comercial e interesse público. Em 2020 foi publicado o Guia de Investigações *Antidumping*[8], lançado como instrumento de orientação para a condução e análise de processos administrativos que versem sobre a temática. Este Guia aborda os principais conceitos e metodologias; os aspectos formais e termos processuais; e o passo a passo das investigações *antidumping*, sem possuir caráter vinculante para a autoridade brasileira de defesa comercial e interesse público, a Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SCCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) da Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais (SECINT) do Ministério da Economia.

Ademais, visando ao incremento de previsibilidade, segurança jurídica e transparência, que garantem que defesa comercial e interesse público sejam utilizados, ambos, com racionalidade, em 2019 foi publicada a versão preliminar do Guia Processual e Material de Interesse Público[9]. Neste momento também foi publicada a Portaria SECEX nº 8, de 15 de abril de 2019, que basicamente regulamentou os procedimentos para a avaliação de interesse público de cunho técnico no Brasil. Os Guias foram consolidados e publicados em março de 2020, de modo que o Guia Consolidado de Interesse Público em Defesa Comercial[10] contou com contribuições de diversas associações e entes privados de relevância, incluído o Banco Mundial. Ademais, em 2020, foi publicada a Portaria SECEX nº 13, de 29 de janeiro de 2020, que disciplina os procedimentos administrativos de avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial e revoga a Portaria SECEX nº 8, de 15 de abril de 2019.

---

[8] MINISTÉRIO DA ECONOMIA; SDCOM. *Guia de Investigações Antidumping (consolidado).* Brasília: mar. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/guias. Acesso em 25 junho 2021.

[9] MINISTÉRIO DA ECONOMIA; SDCOM; SECEX; SECINT. *Guias Processual e Material de Interesse Público em Defesa Comercial (consolidado).* Brasília: jan. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/guias. Acesso em 20 de junho 2021.

[10] *Idem ibidem.*

Ainda, foi publicado em 2020 o Guia Consolidado de Apoio ao Exportador Brasileiro investigado em processos de Defesa Comercial no exterior, que visa a orientar o exportador brasileiro investigado em processos de defesa comercial conduzidos por autoridades estrangeiras, identificando conceitos básicos sobre os instrumentos de defesa comercial e apresentando o sistema de apoio ao exportador brasileiro, composto pelo Ministério da Economia e pelo Ministério das Relações Exteriores. [11]

Em termos acadêmicos, foram publicados em 2018 e 2019 os livros "Comércio Internacional e Concorrência" e "Comércio Internacional e Concorrência, Vol. II", frutos das discussões das disciplinas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) naqueles anos. Dando sequência, este livro apresenta debates mais atuais sobre o comércio internacional e a defesa da concorrência, ampliando as discussões sobre atualidades e novos temas apresentados no curso "Comércio Internacional e Concorrência" de 2021, ministrado pela Professora Doutora Amanda Athayde, com apoio da assistente Doutora Lílian Cintra de Melo e colaboração do aluno de graduação Bruno Rodrigues Vieira. O semestre letivo referente ao segundo semestre de 2020 só foi concluído em 2021 em razão da modificação no calendário letivo da UnB em virtude da pandemia do COVID-19.

Assim, neste início do ano de 2021 a disciplina teve a duração de um semestre, referente ao calendário escolar 2020/2, e foi realizada de forma remota na plataforma *Microsoft Teams*. Do ponto de vista metodológico, o curso foi organizado em um formato dialogado com a participação ativa dos alunos e com a presença de debatedores experts no tema da aula. A avaliação compreendeu as participações em sala de aula, as apresentações de seminários e artigos sobre os temas discutidos.

O plano do curso foi estruturado em onze grandes temas, conforme descritos abaixo. Cada um desses temas foi conduzido em seminários apresentados pelas alunas e pelos alunos, a partir de uma exposição analítica, em dois principais eixos: o comércio internacional e a defesa da concorrência (com exceção dos dois primeiros tópicos). Com

[11] MINISTÉRIO DA ECONOMIA; SDCOM; SECEX; SECINT. *Guia de Apoio ao Exportador Brasileiro Investigado em Processos de Defesa Comercial no Exterior*. Brasília: jan. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/guias. Acesso em 19 de julho de 2021.

o objetivo de conferir maior dinamicidade às discussões em sala de aula, foram convidados debatedores especialistas para todos os tópicos, incluindo pesquisadores, advogados e servidores públicos. Isso não só contribuiu para o aprofundamento da matéria, intensificando o seu aspecto multidisciplinar, como também abriu novos espaços de interações entre os estudantes e esses profissionais.

Além disso, a disciplina teve duas aulas inaugurais sobre o comércio internacional e a defesa da concorrência, que foram ministradas pelos professores convidados Renata Amaral[12] (*American University Washington College of Law*) e Vinícius Marques de Carvalho[13] (Universidade de São Paulo), respectivamente.

O primeiro grande tema do curso foi **Interfaces entre Comércio Internacional e Concorrência**. Para isso, o primeiro seminário discutiu os trabalhos técnicos "*Synthesis Paper on the Relationship of Trade and Competition Policy to Development and Economic Growth"*[14] e "*Competition Policy within the context of Free Trade Agreements*"[15], publicado pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou Económico (OCDE), respectivamente. Os artigos científicos de Tim Buthe[16]; Anu Bradford e Adam S.

[12] Renata Amaral é Professora Adjunta e Diretora do Curso US and International Trade Law and Policy da Faculdade de Direito da American University Washington College of Law. É fundadora da Women Inside Trade Association. Doutora em Direito, na área de Comércio Internacional, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade de Maastricht, Holanda. Possui extenso e comprovado histórico de envolvimento bem-sucedido na OMC, negociações comerciais bilaterais e acesso a mercados de políticas comerciais domésticas.

[13] É Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial da Universidade de São Paulo e sócio do escritório VMCA. Foi presidente do CADE de 2012 a 2016 e Yale Greenberg World Fellow em 2016. Ainda, foi especialista em políticas públicas e gestão governamental (EPPGG) do Governo federal de 2006 a 2016. Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo, doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo e doutorado em Direito Comparado - Université Paris 1 Pantheon-Sorbonne.

[14] OMC. **Synthesis Paper on the Relationship of Trade and Competition Policy to Development and Economic Growth. Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy.** WT/WGTCP/W/80, 18 September 1998. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/wgtcp_docs_e.htm. Acesso em 10 de julho de 2021.

[15] OECD: **Competition Policy within the context of Free Trade Agreements**. 2019. Disponível em: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2019)5&docLanguage=En. Acesso em 10 de julho de 2021.

[16] BUTHE, Tim. The Politics of Market Competition: Trade and Antitrust in a Global Economy. Oxford In MARTIN, Lisa. **Handbook of the Politics of International Trade**, 2015. Disponível em: https://leitner.yale.edu/sites/default/files/files/resources/papers/Buthe_chapter_all_2014-03-20.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

Chilton[17]; Dirk Auer e Geoffrey. Manne[18]; e Juliana Domingues[19] também foram abordados na discussão.

O segundo tópico abordou **Economia Digital e Direito da Concorrência**. O seminário endereçou os principais desafios trazidos pelos mercados digitais e as possíveis soluções para o antitruste, incluindo discussões sobre os objetivos do direito da concorrência nas visões tradicional, das autoridades e dos "neo-brandesianos". Ao final, concluiu com a análise das principais investigações contra as gigantes de tecnologia (*i.e.*, Amazon, Facebook, Google, Windows e Apple) na Europa, nos Estados Unidos e no Brasil. Os textos obrigatórios foram o Documento de Trabalho do Departamento de Estudos Econômicos do CADE 5/2020[20] e o artigo de Eleanor Fox[21]. A debatedora Daniela Mattos fez questionamentos críticos e apontamentos sobre o tema.

O terceiro tema, por sua vez, tratou de **Anticorrupção, Comércio Internacional e Concorrência**, a partir de dois importantes debates. O primeiro seminário trouxe a discussão sobre os custos da corrupção e as estratégias internacionais de prevenção, com foco no relatório da OCDE "*Global Trade Without Corruption: Fighting the Hidden Tariff*"[22] e no artigo de Kevin E. Davis[23]. A debatedora Raquel de

---

[17] BRADFORD, Anu; CHILTON, Adam S., Trade Openness and Antitrust Law, **Journal of Law & Economics**, V. 62, p. 29, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3272&context=faculty_scholarship. Acesso em 10 de julho de 2021.

[18] AUER, Dirk; MANNE, Geoffrey. Is European Competition Law Protectionist? A Quantitative Analysis of the Commission's Decisions. **ICLE Antitrust & Consumer Protection Program Issue Brief 2019-03-25**, 2019. Disponível em: https://privpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3709918&dgcid=ejournal_htmlemail_european:economics:microeconomics:industrial:organization:ejournal_abstractlink. Acesso em 10 de julho de 2021.

[19] DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência e Comércio Internacional: reflexões sobre as duas faces da mesma moeda. In. **O Direito Brasileiro em Evolução**. São **Paulo: Almedina, 2017**

**[20]** CADE, DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS. **Documento de Trabalho 05/2020** - Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. Disponível em: https://bit.ly/3sXgewx. Acesso em 10 de julho de 2021.

[21] FOX, Eleanor. Platforms, Power and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S.–Europe Divide. **Nebraska Law Review Issue** 98:2, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3c8RXxE. Acesso em 10 de julho de 2021.

[22] OCDE. Global Trade Without Corruption - Fighting the Hidden Tarif, 2017. Disponível em:https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264279353-en.pdf?expires=1614186930&id=id&accname=guest&checksum=24D72554BB276ABCB01C5EBB114DB417. Acesso em 10 de julho de 2021.

[23] DAVIS, Kevin E. Between Impunity and Imperialism: The Regulation of Transnational Bribery, 2019 (Introdução).

Mattos Pimenta fez questionamentos sobre uma visão mais institucional do fenômeno da corrupção e como países em desenvolvimento podem endereçar os desafios trazidos pelo comércio internacional[24]. O segundo seminário buscou responder quanto vale o *compliance*, sob o ponto de vista do antitruste, aprofundando as questões sobre a corrupção e o poder econômico, bem como os acordos de leniência. Os textos-base incluíram um capítulo do livro de Amanda Athayde[25] e o artigo de Calixto Salomão Filho e Vitor Ido[26]. A debatedora Maria Cecília Andrade fez apontamentos sobre casos práticos e experiências com a temática no CADE.

O quarto tema versou sobre **Empresas Estatais, Comércio Internacional e Concorrência**. Inicialmente, o objeto do seminário centrou-se na importância das empresas estatais para a economia global, assim como as vantagens e desvantagens do seu tratamento diferenciado. Nessa oportunidade, foi discutido Relatório Agregado das Empresas Estatais Federais[27] e a tese de doutorado de Yingying Wu[28]. A debatedora Julia Marssola apresentou diversos apontamentos sobre o estado da arte da discussão na Europa. O segundo seminário discutiu empresas estatais, neutralidade concorrencial e direito da concorrência com base nos textos de Eleanor Fox e Deborah Healey[29]; e Hamanda Rafaela Negreiros[30]. O debatedor Vinícius Klein trouxe provocações e fez pontuações sob o ponto de vista prático e técnico.

---

[24] Os argumentos são aprofundados pela autora em seu livro. V. PIMENTA, Raquel de Mattos. **A Construção dos Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção**. Editora Blucher, 2020. Disponível em: https://www.blucher.com.br/livro/download_remote_file/?path=https://editor.blucher.com.br/uploads/product/presspdf/1669.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[25] ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil teoria e prática**: teoria e prática CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP, Editora Fórum; 1 ed, 2019. Cap. 4 (Leniência Anticorrupção)

[26] SALOMÃO FILHO, Calixto e IDO, Vitor. Global Corruption and Economic Power. In WATT, Horatia Muir et al. **Global Private International Law** – Adjudication without Frontiers, Elgar, 2019.

[27] BRASIL, **Relatório Agregado das Empresas Estatais Federais**, 2020. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/novembro/ministerio-da-economia-divulga-relatorio-inedito-com-dados-das-46-estatais-de-controle-direto-da-uniao. Acesso em 10 de julho de 2021.

[28] WU, Yingying. **Reforming WTO Rules on State-Owned Enterprises**. Tese de doutorado. Universidade de Illinois, 2017. Disponível em: https://www.ideals.illinois.edu/handle/2142/99475. Acesso em 10 de julho de 2021.

[29] FOX, Eleanor e HEALEY, Deborah. **When the State Harms Competition - The Role for Competition Law**, 2014. Disponível em: http://awa2015-concurrences.nursit.com/IMG/pdf/at_journal_79i3_fox_healy.authcheckdam.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[30] NEGREIROS, Hamanda Rafaela L. F. Vidal de. Neutralidade concorrencial e (im)possibilidade de tratamento antitruste diferenciado às empresas estatais no Brasil. In ATHAYDE, Amanda;

O quinto tema cuidou da **Propriedade Intelectual, Comércio Internacional e Concorrência**. O primeiro seminário ocupou-se de indicações geográficas e conhecimentos tradicionais, com discussões sobre o Manual de Indicações Geográficas do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI)[31] e os direitos intelectuais indígenas no Brasil [32]. O debatedor Vitor Ido aprofundou as novas discussões no âmbito dos órgãos multilaterais. Por outro lado, o seminário sobre o direito da concorrência e a patentes, olhou para o licenciamento compulsório e o *pool de patentes*. Os textos obrigatórios incluíram artigo de Calixto Salomão Filho[33] e a dissertação de mestrado sobre agrupamento de patentes[34]. A debatedora Vivian Terng, autora da dissertação discutida, fez diversos apontamentos e completou a discussão com casos em andamento nos Estados Unidos.

O sexto tema expôs as **Interfaces entre Gênero, Comércio Internacional e Concorrência**, a partir de dois debates. O primeiro tratou da questão de gênero sob a perspectiva do direito internacional, enderençando os problemas atuais, o impacto da Covid-19 e as possíveis soluções. Foram sugeridos os artigos de Andrezza Fontoura e Verônica Prates[35], e Paula Tavares e Natália Martins[36] como ponto de partida. O segundo seminário trouxe um breve histórico sobre a desigualdade de gênero e a sua relação com

---

GUIMARÃES, Marcelo e BURNIER, Paulo (Orgs). **Comércio Internacional e Concorrência Desafios e Perspectivas Atuais**, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3qVTT0E. Acesso em 10 de julho de 2021.

[31] INPI Manual sobre indicações geográficas. Disponível em: http://manualdemarcas.inpi.gov.br/attachments/download/2819/Manual%20de%20Indica%C3%A7%C3%B5es%20Geogr%C3%A1ficas%20-%201a%20ed.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[32] IDO, Vitor. Direitos intelectuais indígenas no Brasil: instrumentos jurídicos e conflitos ontológicos. In **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 5 n. 3, 2018. Disponível em: https://reedrevista.org/reed/article/view/374. Acesso em 10 de julho de 2021.

[33] SALOMÃO FILHO, Calixto. Razoabilidade e Legalidade do Licenciamento Compulsório do Ponto de Vista Concorrencial. In BASSO, Maristela et al. **Direitos de Propriedade Intelectual & Saúde Pública:** O acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil, IDCID, 2007. Disponível em: http://www.direito.usp.br/pesquisa/direitos_propriedade_intelectual_saude_publica.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[34] TERNG, Vivian. **Agrupamento de patentes**: Efeitos concorrenciais e à inovação. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2018.

[35] FONTOURA, Andrezza e PRATES, Verônica. (Des)igualdade de gênero: qual o papel do Comércio Internacional?. **Coletânea Women Inside Trade**, 2018. Disponível em: https://womeninsidetrade.com/desigualdade-de-genero-qual-o-papel-do-comercio-internacional/. .

[36] TAVARES, Paula e MARTINS, Natália. We can't end poverty without tackling gender inequality. **World Bank Blogs**, 2020. Disponível em: https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/we-cant-end-poverty-without-tackling-gender-inequality. Acesso em 10 de julho de 2021.

o direito da concorrência, no âmbito dos controles de conduta, de estruturas e da *advocacy*, com base nos textos de Estefania Santacreu-Vasut e Chris Pike[37], e Sally Hubbard[38]. As debatedoras Andrezza Fontoura, co-autora de um dos textos indicados, e Carolina Saito fizeram diversos apontamentos sobre a discussão.

O sétimo tema discorreu sobre **Padrões Privados, Comércio Internacional e Concorrência**, com foco em barreiras não tarifárias e interoperabilidade. O primeiro seminário centrou a discussão sobre a multiplicação das certificações elaboradas por instituições privada, fundamentado nos textos de Manuela Amaral[39] e Tatiana Prazeres[40]. O seminário seguinte abordou diversos casos de interoperabilidade no CADE, entre eles Erickson (referente à licença *FRAND*). Cimentos (envolvendo ABNT), Setor de pagamentos; e *Open Banking*. A discussão foi direcionada pelos textos de Laura A. Wilkinson e Brianne L. Kucerik[41], bem como de Isabella Accioly[42]. As debatedoras Juliana Guizzi e Fernanda Garibaldi aprofundaram o tema e trouxeram uma perspectiva prática para discussão.

O oitavo tema examinou a **Defesa Comercial e a Defesa da Concorrência**, com o objetivo de responder as seguintes indagações: (i) se/como a defesa comercial (e não o interesse público) pode/deve levar em conta elementos de concorrência em sua análise?; e (ii) se/como a defesa da concorrência pode/deve levar em conta elementos de defesa comercial em sua análise? O primeiro seminário foi guiado pelos textos de Sérgio

[37] SANTACREU-VASUT, Estefania; PIKE, Chris. Competition Policy and Gender. **Concurrences N° 4-2019**. Disponível em: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/43._competition_policy_and_gender.pdf?55641/a8c91e8475345b86e501c3a87f6ae35c22e08165. Acesso em 10 de julho de 2021.

[38] HUBBARD, Sally. How monopolies make gender inequality worse, **Revista Forbes**, 2017. Disponível em: https://bit.ly/36fonCC. Acesso em 10 de julho de 2021.

[39] AMARAL, Manuela. "Protecionismo privado": A atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional. **Contexto Int**. 36, 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292014000100007. Acesso em 10 de julho de 2021.

[40] PRAZERES, Tatiana. Trade and National Security: Rising Risks for the WTO. **World Trade Review**, 2020, pp. 137-148.

[41] WILKINSON, Laura A.; KUCERIK, Brianne L. Standard-Setting and Antitrust. **The Practical Lawyer**, 2010. Disponível em: https://bit.ly/3okP5QJ. Acesso em 10 de julho de 2021.

[42] ACCIOLY, Isabella. **Padrões privados**: Desafios sob a perspectiva do antitruste, 2021 (no prelo).

Kannebley Jr. e Glauco Oliveira[43-44] e contou com a participação de Anderson Cavalcante como debatedor. Dando continuidade, o segundo seminário foi norteado pelos textos de Rafael Oliveira[45] e Agnes Macedo de Jesus[46]. Leonor Cordovil foi a debatedora, trazendo diversos questionamentos, entre eles indagações sobre qual é o bem tutelado pela defesa comercial (se a proteção à indústria nacional ou ao comercio leal, e não necessariamente à indústria doméstica). Essa pergunta foi balizadora de grande parte dos debates da aula.

O nono tema debateu o **Interesse Público em Defesa Comercial e na Defesa da Concorrência**. Aqui as perguntas foram: (i) há parâmetros diferenciados para análise de interesse público em casos de dumping, de subsídios ou de indústrias fragmentadas?; e (ii) há ´parâmetros para modulação/alteração de direitos com base em elementos de interesse público? Para responder a primeira pergunta foram sugeridos os textos de Leonor Cordovil[47] e de Arevik Gnutzmann-Mkrtchyan e Martin Hoffstadt[48]. Já para a segunda pergunta foram sugeridos os textos de Calixto Salomão Filho[49] e Júlia

[43] KANNEBLEY JR, Sérgio. SAMPAIO OLIVEIRA, Glauco. Antidumping e concorrência no Brasil**. Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Ano XXXIII, 141. 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE141_Artigo_Sergio&Glauco.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[44]SAMPAIO OLIVEIRA, Glauco. A economia política do antidumping no Brasil – proteção, concorrência e desempenho econômico. In I**deias em competição – 10 anos do Prêmio IBRAC-TIM**: 2015-2019, Editora Singular, 2020. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/10anos.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[45] OLIVEIRA, Rafael. Atos de concentração nos setores mais protegidos por medidas antidumping: Uma análise descritiva. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8 n. 2, 2020. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/499. Acesso em 10 de julho de 2021.

[46] MACEDO DE JESUS, Agnes. The four practical interactions between competition policy and trade defense: an empirical analysis of the Brazilian competition authority jurisprudence. In ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo e BURNIER, Paulo (Orgs). **Comércio Internacional e Concorrência Desafios e Perspectivas Atuais**, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3qVBroI. Acesso em 10 de julho de 2021.

[47] CORDOVIL, Leonor. **O interesse público no antidumping**. Tese doutorado. Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102011-131305/pt-br.php. Acesso em 10 de julho de 2021.

[48] GNUTZMANN-MKRTCHYAN, Arevik e HOFFSTADT, Martin. Use and Abuse of Antidumping by Global Cartels. **CESifo Working Paper No. 8729**, 2020. Disponível em: https://privpapers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3744592&dgcid=ejournal_htmlemail_cesifo:working:paper:series_abstractlink. Acesso em 10 de julho de 2021.

[49] SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, direito concorrencial e interesse público. **Revista CEJ 35**, 2006.

Marssola[50]. Os debatedores foram Dilso Marvell, Guilherme Guimarães Rosa e Glauco Sampaio Oliveira.

O décimo tema tratou de **Tributação, Comércio Internacional e Concorrência**. No primeiro seminário, a abertura comercial teve maior protagonismo na discussão, com o Relatório "*Platform for Collaboration on tax*" da OCDE[51] e o artigo de Fernando Coppe Alcaraz[52]. Os debatedores Simone Anacleto e Ronaldo Affonso Baptista aprofundaram o tema com comentários sobre os julgados do Supremo Tribunal Federal. O segundo seminário, por sua vez, abordou os artigos de Deborah D'Arcanchy[53] e Mindy Herzfeld[54]. O debatedor Flávio Prol questionou se é possível criar um "passo-a-passo" para auxiliar a autoridade antitruste nesses casos e propôs um filtro que considere o se é um mercado de alta tributação, se a estratégia adotada pelo contribuinte é contínua, e se há impedimento à entrada de novos competidores[55].

Por fim, o décimo primeiro tema dialogou sobre **Meio Ambiente, Direitos Humanos, Comércio Internacional e Concorrência**. De início, foram abordadas as relações entre meio ambiente, direito do trabalho e comércio internacional a partir dos

[50] MARSSOLA, Júlia. Quais os critérios para alterar medidas de defesa comercial por interesse público? Uma análise da experiência do Brasil e do Canadá. In ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela e BURNIER, Paulo (Orgs). **Comércio Internacional e Concorrência Desafios e Perspectivas Atuais,** Volume II, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3qVBroI. Acesso em 10 de julho de 2021.

[51] Disponível em: http://www.oecd.org/ctp/platform-for-collaboration-on-tax.htm#:~:text=The%20Platform%20for%20Collaboration%20on,World%20Bank%20Group%20(WBG). Acesso em 10 de julho de 2021.

[52] ALCARAZ, Fernando Coppe. A nova política comercial do Brasil. Um olhar preliminar sobre tarifas. **Revista Brasileira de Comércio Exterior**, Ano XXXIII, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/rbce140_Alcaraz.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[53] D'ARCANCHY, Deborah. Efeitos da tributação na concorrência e a competência do CADE para intervir em práticas tributárias que afetem a concorrência no Brasil. In MAIOLINO, Isabela (Coord). **Mulheres no Antitruste**. Volume II. São Paulo: Singular, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3qPwFJi. Acesso em 10 de julho de 2021.

[54] HERZFELD, Mindy. Reforming Digital Taxation Amid Antitrust, Trade, and Class Tensions. **Tax Note**, 2020.

[55] Essa proposta está presente no livro: CARVALHO, Vinicius Marques de et al, **Concorrência e Tributação**, 2. Ed: CEDES (Centro de Estudos de Direito Econômico e Social), 2019.

textos de John Ruggie[56] e de Vera Thorstensen[57]. O debatedor Miguel Castro fez uma breve apresentação sobre o Acordo Mercosul e União Europeia. Em seguida, a discussão centrou-se em meio ambiente e concorrência, com destaque para os casos do *Chicken of Tomorrow* (da autoridade antitruste holandesa) e do Cartel do leite no Brasil. O debatedor Gustavo Kastrup trouxe vários questionamentos e deu destaque às práticas de *Enviromental and Social Gorvernance* (ESG).

Os capítulos deste livro são frutos das discussões acima descritas e de uma seleção dos melhores trabalhos apresentados ao final da disciplina, escritos com clareza e objetividade com o objetivo de aprofundar as análises feitas em sala de aula. Para facilitar a organização do livro, os capítulos estão divididos em três partes: (Parte I) tópicos especiais de comércio internacional; (Parte II) tópicos especiais de direito da concorrência; e (Parte III) tópicos especiais de interface entre o comércio internacional e a concorrência. Ao todo, foram selecionados vinte e dois artigos, apresentados em ordem alfabética.

A Parte I é dedicada aos tópicos especiais de comércio internacional.

O Capítulo 1, cujo título é "**São necessários parâmetros diferenciados para análise de interesse público em casos de *dumping*, de subsídios ou de indústrias fragmentadas?**', de autoria de Bruna Linhares Ferrazzo e Francisco Niclós Negrão. Nele, questiona se as avaliações de interesse público possuem como principal objetivo verificar os impactos provenientes da aplicação de uma medida de defesa comercial. São presentados os parâmetros de análise de interesse público conjuntamente com um exame da jurisprudência brasileira recente sobre o tema. O texto conclui que, dados os parâmetros detalhados já existentes na normativa brasileira de interesse público, a princípio não haveria necessidade de parâmetros distintos e específicos, uma vez que

[56] RUGGIE, John G. **Quando negócios não são apenas negócios**: As corporações multinacionais e os direitos humanos. Tradução de Isabel Murray. Planeta – Abril: São Paulo, 2014, (Introdução e Capítulo 3)

[57] THORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. **Rev. Bras. Polít. Int**. 41 (2), 1998. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291998000200003&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em 10 de julho de 2021.

aspectos particulares referentes a subsídios ou indústrias fragmentadas podem ser levados em consideração no processo decisório.

Em seguida, passa-se ao Capítulo 2 intitulado "**Padrões de mercado e os desafios da OMC: Impactos sobre o Comércio Internacional e a resistência da União Europeia**", escrito por Carolina Bermúdez e Marconi Mélo Filho. Para os autores, a discussão sobre padrões privados e regulamentação multilateral não é recente, porém continua sem um desfecho concreto. A principal razão para a estagnação desse tema na OMC é a falta de apoio de países desenvolvidos, em especial dos países da União Europeia, que são fortemente envolvidos nessa nova forma de governança fragmentada. Nesse contexto, o texto conclui que há uma resistência do bloco para não apoiar a inclusão dos padrões privados no mandato da OMC, considerando-se a existência de um mercado de esquemas de certificação em ascensão e a grande utilização de tais padrões pelos países membros.

O Capítulo 3 é denominado "**A tributação indireta e o comércio internacional: Caminhos para uma reforma**", de Ellen Caroline Teixeira. Nele é discutido se uma maior inserção do Brasil nos fluxos de comércio internacional passa por uma reforma da tributação indireta que garanta a inexistência de resíduos tributários nas exportações e melhores condições de competição com produtos importados. O texto analisa as reformas tributárias atualmente em discussão (Projeto de Lei 3.887/20, Proposta de Emenda à Constituição 45/2019 e Proposta de Emenda à Constituição 110/2019) e como elas complementariam de forma mais adequada uma política econômica de abertura comercial e redução tarifária.

O Capítulo 4 aborda "**A experiência latino-americana na proteção de conhecimentos tradicionais por meio de acordos de comércio internacional**", de e Frederico Carrilho Donas. Para o autor, conhecimentos tradicionais são desenvolvidos, sustentados e transmitidos de geração em geração dentro de uma comunidade, muitas vezes fazendo parte de sua identidade cultural ou espiritual. Tais conhecimentos trazem importantes oportunidades econômicas para países em desenvolvimento, que têm enfrentado resistência por parte dos países desenvolvidos na criação de mecanismos multilaterais para proteção dos interesses de comunidades locais. Partindo de uma análise sistêmica das normas aplicáveis, o texto analisa os regimes de propriedade e exploração

comercial de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, em busca de lições que possam ser aproveitadas da experiência internacional.

O Capítulo 5, sob o título "**Gênero e comércio internacional: riscos jurídicos e geopolíticos inerentes à emenda proposta às cláusulas de gênero do Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile**" foi escrito por Gabriela Leoni Furtado. Nele é abordado o Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile de 2018. O referido Acordo trata da igualdade de gênero em capítulo específico e bastante detalhado, o que está alinhado com uma tendência internacional em promover a incorporação da perspectiva de gênero no comércio internacional. No entanto, a Emenda de Plenário às cláusulas de gênero de 16 de março de 2021, foi proposta por deputado brasileiro durante o processo de ratificação do acordo. Nesse contexto, o texto avalia os riscos inerentes a essa Emenda, tanto do ponto de vista jurídico, como do ponto de vista geopolítico.

O Capítulo 6 intitula-se "**Efeitos da redução de carbono no Comércio Internacional: Análise comparativa entre Coreia do Sul e Brasil**", de Geovana Pessoa da Vitória. O referido trabalho analisa as políticas ambientais, notadamente aquelas voltadas para a redução de emissões de carbono, da Coreia do Sul e do Brasil. A partir dessa análise, avalia os efeitos das medidas nas exportações desses países, espelhando próximos passos viáveis para aprimorar medidas de desenvolvimento sustentável no Brasil.

O Capítulo 7 trata dos "**Parâmetros para modulação/alteração de direitos com base em elementos de interesse público**" e foi escrito por Marina Staibano. O presente artigo analisa quais são as hipóteses de modulação das medidas de defesa comercial por razões de interesse público no País, e se, com base na experiência internacional, é possível utilizar no Brasil essas hipóteses de modulação. Para tanto, foi feito um estudo empírico dos instrumentos legais, casos de defesa comercial e interesse público brasileiros, bem como o entendimento da doutrina. O texto conclui que atualmente é razoável entender que a autoridade brasileira utilize as hipóteses de modulação previstas na norma nacional, evitando insegurança jurídica nas análises.

O Capítulo 8 chama-se "**A gestão ESG do risco de violações aos Direitos Humanos nas multinacionais brasileiras: Do unilaterlismo regulatório à análise do**

**formulário de referência das quinze multinacionais brasileiras com maior índice de internacionalização na Bolsa de Valores**", de autoria de Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues. O trabalho indica que as empresas são atores institucionais relevantes na garantia e na promoção dos direitos humanos de empregados, consumidores e comunidades nas quais se inserem. Assim, demonstra como as companhias multinacionais brasileiras regulam o risco da violação aos direitos humanos (inseridos no *social*, da sigla *ESG*) na administração da sociedade. Para tanto, foram analisados os formulários de referência das quinze multinacionais com maior índice de internacionalização no ano de 2011 e de 2021 para demonstrar que houve um aumento do compromisso político formal das corporações multinacionais em respeitar os direitos humanos e, quantitativamente, dos mecanismos e canais por meio das quais elas passaram a informar o risco *ESG* aos *stakeholders* externos.

Passa-se, então, para a Parte II do livro, que é destinada aos tópicos especiais de defesa da concorrência.

O Capítulo 9 foi escrito por Alana Demarqui Garcia e discute "**Um ACC do CADE pode impor a obrigação de uma empresa não requerer medida de defesa comercial? Uma análise do acordo de investimento da Braskem**". O trabalho trata da competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para impor determinação de não se requerer medidas de defesa comercial como condição para aprovação de atos de concentração. Par tanto, foi analisado o ato de concentração da Braskem e o requerimento da Abiplast para que se restringisse o direito de as requerentes solicitarem medidas de defesa comercial. Foi desenvolvida uma pesquisa empírica da jurisprudência do CADE para se observar como tem se dado a assunção de competência deste órgão concorrencial, bem como uma pesquisa doutrinária.

Na sequência, o Capítulo 10, sob o título "***Marketing* ambiental enganoso como uma infração concorrencial: A instrumentalidade do direito antitruste na busca da preservação do meio ambiente**", de André Portella e Julia Braga discute o *marketing* ambiental enganoso como uma prática a ser analisada à luz do direito antitruste. Dessa forma, a hipótese do trabalho é que a referida conduta pode ser considerada uma infração concorrencial, na medida em que confere vantagem indevida ao agente econômico sobre seus rivais; lesa os consumidores e a coletividade, pois

contribui para o consumo de produtos que podem ser mais nocivos ao meio ambiente; além de contribuir para o recrudescimento de uma lógica de dominação e de exploração do poder econômico sobre os recursos naturais, o que seria contrário ao paradigma de desenvolvimento socioeconômico adotado pelo Brasil na Constituição Federal de 1988. Apesar da timidez do CADE na análise de questões ambientais, conclui-se que é possível o enquadramento da conduta no art. 36, § 3º, incisos III, IV e VII, da Lei 12.529/2011

O Capítulo 11 denominado "***Pink tax*: As autoridades antitruste podem endereçar questões de gênero na análise de condutas de discriminação de preços?**", de autoria de Fernanda Duarte Calmon Carvalho e Mariana Fontoura da Rosa, trata da chamada da chamada "Taxa rosa" como potencial conduta, considerando seus efeitos pró e anticompetitivos, a fim de analisar de que forma as autoridades antitrustes podem adotar uma lente de gênero e endereçar uma nova ótica na análise de condutas de discriminação de preços. As autoras concluem que os métodos tradicionais de análise adotados atualmente pelo direito antitruste podem não se mostrar suficientes para abranger e alcançar todas as preocupações e impactos negativos que certas condutas podem causar, em especial, no público feminino, ainda mais se considerado o inegável contexto social de discriminação de gênero, nas suas mais diversas formas.

Por sua vez, o Capítulo 12, intitulado "**Aplicação de sanções de restrição de licitar e contratar com a administração pública?**", de Giovana Vieira Porto, analisa se os Programas de *Compliance* podem ser utilizados como excludente de responsabilidade de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública em razão de atos ilícitos concorrenciais e de corrupção, com base na legislação brasileira. O trabalho se baseia no entendimento doutrinário, bem como na pesquisa empírica de jurisprudência do CADE e da Controladoria-Geral da União (CGU) entre 2015 a 2020. Conclui-se que, muito embora não haja previsão legal expressa sobre a utilização do Programa de *Compliance* na dosimetria das penas, há fundamento legal para que esses sejam considerados como atenuantes de sanções, mas não como elementos para exclusão de responsabilidade.

A análise trazida no Capítulo 13, sob o título "**Marco regulatório de saneamento básico: Revisitando a concorrência na prestação de serviço público na ótica da neutralidade concorrencial**", de Luciano Ramos de Oliveira, infere se a Lei

14.026 de 2020 (Marco legal do saneamento básico), de fato, inseriu elementos que viabilizam a concorrência nesse setor, marcado por empresas deficitárias, estatais em sua maior parte, munidas de imunidade tributária por decisões do Supremo Tribunal Federal e com existência de forte monopólio natural. Para tanto, aprofunda-se nos temas da neutralidade concorrencial e da jurisprudência do STF no que toca à imunidade tributária recíproca para verificar se, no novo cenário regulatório, existe possibilidade de concorrência efetiva entre os agentes do mercado nesse setor ou se tal concorrência se limita à esfera meramente formal. O trabalho conclui que a livre concorrência prevista no marco legal do saneamento básico é compatível apenas com a fase licitatória estabelecida pelos entes federativos contratantes diante da inauguração de um novo ambiente regulatório no setor de saneamento básico brasileiro por meio da concentração do poder de padronização de normas econômicas, técnicas e contratuais na ANA.

O Capítulo 14, denominado "**Futebol e plataformas digitais: Relação entre duas paixões nacionais sob a perspectiva antitruste**", escrito por Marco Antonio Fonseca Júnior, utiliza os conceitos do futebol para explicar os vieses concorrenciais das plataformas digitais. O objetivo do trabalho é simplificar a rebuscada discussão sobre a aplicação do direito antitruste aos mercados digitais de modo que possa ser bem compreendida por qualquer interessado. Com esse pano de fundo, o trabalho aborda quais são as particularidades dos mercados digitais se comparados às economias tradicionais, bem como a suficiência do atual ferramental analítico antitruste frente a esses novos mercados. Ao final, sem abandonar o paralelo com o futebol e definidos os pontos de distanciamento entre os mercados digitais e os mercados tradicionais, são propostas possíveis alternativas à política concorrencial em relação às plataformas digitais.

O Capítulo 15 de autoria de Maria Carolina Rezende Vera e Mariana Ozaki Marra da Costa questiona "***Pool* de patentes como um instrumento de condutas anticoncorrenciais colusivas?**". À luz das sinergias entre direito da concorrência e da propriedade intelectual, é analisado se a recusa de licenciamento de um *pool* de patentes pode configurar-se como conduta colusiva, para além das tradicionais discussões sobre seu enquadramento ou não como possível conduta unilateral. O trabalho aborda a doutrina antitruste aos comportamentos abusivos perpetrados por meio do espaço de discussão entre competidores criado pelo *pool* de patentes. Em pesquisa qualitativa e bibliográfica,

identifica-se possíveis condutas unilaterais consumadas pela imposição de cláusulas de exclusividade, condutas colusivas consistentes na recusa coletiva de licenciamento, bem como os efeitos oriundos dos *pools* de patentes, analisando, por fim, a regra aplicável ao instituto.

O Capítulo 16, cujo título é "**Descumprimento da obrigação tributária no aspecto concorrencial e o dilema da competência do CADE**", foi escrito por Mônica Lima e traz um estudo acerca da relação entre as disciplinas do direito tributário e concorrencial, especificamente, no que diz respeito ao descumprimento da obrigação tributária como potencial infração à ordem econômica. A partir da demonstração de que, em tese, a conduta tributária do agente afeta o mercado no qual atua, é questionado se o posicionamento refratário do CADE para análise de casos envolvendo questões tributárias, observado na análise dos seus julgados, decorre de eventual insuficiência da legislação brasileira ou da ausência de interesse institucional. A conclusão é no sentido de que o CADE é absolutamente competente para a análise de questões concorrenciais relacionadas à postura do agente como contribuinte, mas há necessidade de complementação das normas, com previsão expressa nesse sentido.

O Capítulo 17 adentra "**O encontro entre antitruste e anticorrupção pelo aspecto da reparação do dano: Uma análise da concessão de desconto por reparação de danos pelo CADE em TCCs**", por Sarah Roriz de Freitas. A Resolução 21 do CADE previu a possibilidade de conceder descontos na contribuição pecuniária devida pelos compromissários de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) que reparam o dano concorrencial causado pela infração à ordem econômica. O trabalho identifica de que forma tal previsão é inserida na prática, a partir de levantamento de todos os TCCs que preveem a cláusula de desconto junto ao CADE. Conclui-se que o CADE considera a celebração de acordo de leniência com outros órgãos como fator passível de concessão do benefício de desconto por reparação de danos, e que o desconto por reparação de danos, nesses casos, não atinge os fins previstos originariamente quando de seu surgimento.

Além disso, o Capítulo 18 questiona "**Qual o peso do CADE nas avaliações de interesse público em defesa comercial após o Decreto 10.044/2019 da CAMEX? Uma análise dos processos de interesse público entre 2019 e junho de 2021**", de

Tanise Brandão Bussmann. O trabalho verifica a existência ou não de alinhamento entre a decisão final da GECEX em processos de defesa comercial e interesse público com o parecer da SDCOM e com o posicionamento do CADE. A partir de 2019, o CADE passou a integrar o GECEX, como convidado e em caráter permanente. Assim, é possível que suas manifestações nos processos de interesse público influenciem a decisão final pelo GECEX? Para responder a essa pergunta, elabora-se um estudo empírico de todos os processos de Avaliação de Interesse Público encerrados em que houve manifestação do CADE entre 2019 e 30 de junho de 2021. A autora conclui que há alinhamento entre as recomendações da SDCOM e as decisões finais do GECEX, ao passo que não é possível identificar, ainda, tal alinhamento entre as manifestações do CADE e as recomendações da SDCOM, e consequentemente tampouco alinhamento entre as manifestações do CADE e as decisões do GECEX.

Por fim, a Parte III do livro trata dos tópicos especiais de interface entre o comércio internacional e a defesa da concorrência.

O Capítulo 19, intitulado "***Analysis of the European Commission's proposal on foreign subsidies that distort the European internal Market****",* de Adriano Macedo Ramos, Newton Batista da Costa Junior e Hearle Vieira Calvão apresenta uma análise da proposta da Comissão Europeia de legislação destinada a regulamentar investigações e procedimentos relacionados à participação de empresas que sejam beneficiárias de subsídios concedidos em terceiros países em licitações públicas e em fusões e aquisições no mercado europeu. Tendo em conta que subsídios governamentais são regulamentados, no âmbito multilateral, pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, este tranalho apresenta uma comparação entre as disposições do novo regramento e as disposições do acordo multilateral, apontando possíveis violações aos princípios que norteiam a OMC.

O Capítulo 20, por sua vez denominado "**Concentração setorial na aplicação de medidas *antidumping* no Brasil: Análise de fatores jurídicos e econômicos**", escrito por Anna Carolina Nogueira e Naiana Magrini indica que dados setoriais demonstram que as medidas de defesa comercial, notadamente o *antidumping*, concentram-se em setores específicos. O presente artigo analisa possíveis fatores que possam justificar que alguns setores tenham mais sucesso em pleitos *antidumping* do que

outros, dando enfoque na análise concorrencial, sob o aspecto normativo e doutrinário. O trabalho conclui que existe uma forte concentração em três setores específicos: siderúrgico, químico e plásticos e borrachas. No âmbito jurídico, demonstrou-se que o próprio conceito de indústria doméstica, segundo o Acordo Antidumping da OMC, refletido no Decreto 8.058/2013, favorece setores mais concentrados e organizados. Já no âmbito econômico, foram apresentados estudos e hipóteses, do ponto de vista macro e microeconômico, que reforçam a tese de concentração setorial.

O Capítulo 21, desenvolvido por Ciro Martins Alvarenga, é denominado "**Carteis internacionais com efeitos indiretos no Brasil: Análise sobre a potencial permissividade da política antitruste vigente e mecanismos adicionais de repressão**". O trabalho avalia os atuais parâmetros adotados pelo CADE na persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos no Brasil, a fim de verificar se a autarquia apresenta uma postura permissiva a tal prática. Em pesquisa empírica, o autor identificou cinco parâmetros orientativos estabelecidos pela Superintendência-Geral do CADE. No entanto, nenhum processo administrativo instaurado em razão de cartel internacional apenas com efeitos indiretos foi analisado pelo CADE. Isso se dá à dificuldade de reconstituição do nexo causal entre o suposto cartel e seu potencial impacto indireto no território nacional, a possibilidade de que uma dupla condenação, assim como a discricionariedade da autoridade antitruste.

Por último, o Capítulo 22, sob o título "**Adequação ao *FCPA* e ao *Uk Bribery Act*: Vantagens e desvantagens para as pequenas e médias empresas brasileiras**", de Maria Augusta Viegas e Natália Ferreira Freitas Bandeira, aborda o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), dos Estados Unidos, o *UK Bribery Act*, do Reino Unido, bem como a Lei Anticorrupção Brasileira como exemplos de normativos antissuborno. Para serem eficientes, essas normas podem penalizar pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras, entre elas, as micro e pequenas empresas. As autoras argumentam que a adaptação a esses normativos implica altos e constantes custos que merecem ser avaliados, caso a empresa opte por exportar seus produtos. Assim, o trabalho analisa as semelhanças e diferenças entre os normativos mencionados, bem como as vantagens e desvantagens de as pequenas e médias empresas brasileiras se adequarem aos normativos estrangeiros.

Assim, concluímos mais um livro da disciplina “Comércio Internacional e Concorrência”. O maior deles até então, em termos de número de artigos (vinte e dois) e em número de páginas (750 ao total). Esperamos que as contribuições aqui apresentadas sejam catalizadoras de novas reflexões, e fomentem a pesquisa científica e as atividades acadêmicas sobre o tema no Brasil. Em tempos tão difíceis para ciência, nada mais esperançoso do que uma obra de tamanha dimensão e abrangência, que consolida não só os trabalhos de autoras e autores competentes e brilhantes, como também as contribuições de diversos convidados comprometidos com a excelência do ensino na universidade pública no Brasil.

Boa leitura!

# PARTE 1 - TÓPICOS ESPECIAIS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

# 1. SÃO NECESSÁRIOS PARÂMETROS DIFERENCIADOS PARA ANÁLISE DE INTERESSE PÚBLICO EM CASOS DE *DUMPING*, DE SUBSÍDIOS OU DE INDÚSTRIAS FRAGMENTADAS?

## *1. ARE DIFFERENTIATED PARAMETERS REQUIRED FOR THE ANALYSIS OF PUBLIC INTEREST IN CASES OF DUMPING, SUBSIDIES OR FRAGMENTED INDUSTRIES?*

Bruna Linhares Ferrazzo e Francisco Niclós Negrão

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVE APRESENTAÇÃO DOS CONCEITOS RELEVANTES PARA A ANÁLISE DOS PARÂMETROS UTILIZADOS em avaliações de interesse público. 2.1. Medidas *antidumping*. 2.2. Medidas compensatórias. 2.3. Indústrias fragmentadas. 2.4. Análise de Interesse Público (AIP) em defesa comercial. 2.4.1. Utilização do interesse público em defesa comercial no Brasil. 2.4.2. Utilização do interesse público em defesa comercial nos demais países. 3. PARÂMETROS PARA ANÁLISE DO INTERESSE PÚBLICO EM CASOS DE DEFESA COMERCIAL E EXAME DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA SOBRE O TEMA. 3.1. Da metodologia para a seleção de casos de avaliação de interesse público relacionados a medidas antidumping, medidas compensatórias e indústrias fragmentadas. 3.2. Os parâmetros de interesse público em casos de *dumping*. 3.3. Os parâmetros de interesse público em casos de subsídios. 3.4. Os parâmetros de interesse público em casos de indústrias fragmentadas. 3.5. Conclusão parcial a partir da análise jurisprudencial dos parâmetros de interesse público da SDCOM em casos envolvendo *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas. 4. *DUMPING*, SUBSÍDIOS E INDÚSTRIAS FRAGMENTADAS: PECULIARIDADES EXIGEM TRATAMENTO DIFERENCIADO? 4.1. Dumping e subsídios acionáveis: mesmo nível de gravidade para fins de avaliação de interesse público em defesa comercial? 4.2. Tratamento a pequenas e médias empresas e participação das indústrias fragmentadas nos demais elos da cadeia produtiva: mesmos parâmetros para fins de para fins de avaliação de interesse público em defesa comercial? 5. CONCLUSÃO

**RESUMO:** As avaliações de interesse público possuem como principal objetivo verificar os impactos provenientes da aplicação de uma medida de defesa comercial, considerando-se os interesses de todos os agentes econômicos de determinado mercado e, para tanto, baseia-se em parâmetros de análise. O objeto do presente artigo é verificar se há necessidade de utilizar parâmetros diferenciados para casos de *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas. Para tanto, trata dos principais conceitos no que tange a medidas de defesa comercial e avaliações de interesse público, bem como sua aplicação no Brasil e no mundo. Em seguida, apresenta os parâmetros de análise de interesse público

conjuntamente com um exame da jurisprudência brasileira recente sobre o tema. Por fim, verificar questões mais específicas sobre a comparação entre *dumping* e subsídios, bem como sobre o tratamento dado a pequenas e médias empresas. Em conclusão, entende-se que, dados os parâmetros detalhados já existentes na normativa brasileira de interesse público, a princípio não haveria necessidade de parâmetros distintos e específicos para *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas, dado que aspectos particulares referentes a subsídios ou indústrias fragmentadas podem ser levados em consideração no processo decisório, considerando os fatos específicos de cada caso.

**ABSTRACT:** *The main goal of public interest analyses is to verify the impacts resulting from the imposition of trade remedies, considering the interests of all economic agents in a given market. Public interest assessments are based on specific parameters. This article aims at verifing whether there is a need to use different parameters in cases regarding dumping, subsidies, and fragmented industries. Thus, this article will review the main concepts regarding trade defense measures and public interest assessments, as well as their application in Brazil and worldwide. Next, it will present the public interest analyses parameters together with an examination of recent Brazilian decisions on the subject. Finally, it will verify more specific issues on the comparison between dumping and subsidies, as well as on the treatment given to small and medium-sized enterprises. It concludes that, given the current detailed Brazilian public interest parameters, there is at first no need for specific parameters regarding dumping, subsidies, and fragmented industries, given those particular aspects (regarding subsidies or fragmented industries) can be taken into account in the decision-making process regarding the specific facts of the case.*

## 1. Introdução

O Brasil é um dos países de vanguarda no que tange à avaliação de interesse público (AIP) com relação aos processos de defesa comercial. Além de ser um dos poucos países que adota a análise de interesse público bem institucionalizada e procedimentalizada, possui um roteiro completo, com uma lista não exaustiva de parâmetros a serem utilizados para fins de análise, que abrange os mais diversos elementos, como nível de concentração do mercado do produto em análise, existência ou não de origens alternativas exportadoras, entre outros. Neste contexto, questiona-se: são necessários parâmetros diferenciados para análise de interesse público em casos de *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas?

À fim de responder à referida pergunta, há dois conjuntos de questões indispensáveis: visto que a legislação vigente se aplica tanto a casos de *antidumping*, quanto de medidas compensatórias, pergunta-se: seriam os subsídios acionáveis mais gravosos e condenáveis do que o *dumping*? Em caso afirmativo, deve esse elemento ser

considerado como parâmetro de análise ou fundamento específico de decisão em AIP envolvendo subsídios?

Em segundo lugar, avalia-se: dado o porte de pequenas e médias empresas, deve haver tratamento distinto nas AIP pela autoridade no caso de indústrias fragmentadas? Ou os parâmetros de análise e parâmetros decisórios devem ser os mesmos, sendo apenas garantido o efetivo acesso, com a consequente flexibilização de determinados aspectos da instrução (*lags* temporais, dados aceitos, etc.)? As indústrias fragmentadas atendem de fato a todas as empresas do setor nos processos? Outro ponto de particular relevância: indústrias fragmentadas podem ser peticionárias, mas também podem estar em elos a jusante ou a montante do elo da peticionária – qual a importância desse fato na participação em avaliações de interesse público?

A hipótese inicial proposta pelos autores do presente artigo é de que, a princípio, os critérios de análise deveriam ser os mesmos, independentemente do cenário em questão. A lista de parâmetros existente na normativa atual é extremamente detalhada e completa, sendo, ainda, meramente exemplificativa, podendo a autoridade considerar parâmetros adicionais caso considere necessário. Desse modo, a hipótese é de que os parâmetros seriam os mesmos, mas a relevância e a modulação dadas a cada um poderão mudar, a depender do caso, de forma a adequadamente fundamentar o processo decisório.

Para a presente análise, o Capítulo 1 apresentará brevemente os principais conceitos no que tange a medidas de defesa comercial e a AIPs, bem como sua aplicação no Brasil e no mundo. No Capítulo 2, serão apresentados os parâmetros de análise de interesse público, bem como será realizado exame de decisões recentes da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM), visando verificar se há uma diferenciação dos elementos considerados em casos de *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas. O Capítulo 3, por sua vez, aprofundará a análise envolvendo estes 3 elementos, avaliando-se eventual (ou não) nocividade superior de subsídios em comparação com *dumping*, e verificando o tratamento dado a pequenas e médias empresas. Ao final, no Capítulo 4, serão apresentadas as conclusões.

## 2. Breve apresentação dos conceitos relevantes para a análise dos parâmetros utilizados em avaliações de interesse público

Dado que o presente artigo trata de eventuais parâmetros específicos de análise em casos de interesse público para investigações de *dumping* ou subsídios, além da situação específica de indústrias fragmentadas, neste capítulo é apresentada breve recapitulação desses conceitos.

Destaca-se, de pronto, que medidas de defesa comercial (*antidumping*, medidas compensatórias ou salvaguardas) são instrumentos previstos em Acordos da OMC que visam a neutralizar efeitos danosos decorrentes de práticas desleais de comércio, ou de surto repentino de importações. No Brasil, tais medidas estão regulamentadas pelos Decretos 8.058/2013 (medidas *antidumping*), 1.751/1995 (medidas compensatórias) e 1.488/1995 (salvaguardas), além de Leis, Resoluções, Circulares e Portarias emitidos posteriormente sob o guarda-chuva daquelas normas. Ademais, tanto as investigações, quanto as avaliações de interesse público[1] são conduzidas pela Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia.

O item 2.1 trata das medidas *antidumping* e o item 2.2. das medidas compensatórias, sendo que não haverá aprofundamento de salvaguardas[2] no presente caso, considerando que o conceito não é diretamente pertinente ao objeto de análise. Já o item 2.3 versa sobre as indústrias fragmentadas, seguido do item 2.4 que contempla a

[1] Com a entrada em vigor dos Decretos 9.679/2019 (arts. 85 e 89) e 9.745/2019 (art. 96, XVII), a competência para as avaliações de interesse público deixou de ser do Grupo de Análise de Interesse Público (GTIP), passando a ser desempenhada pela SDCOM.

[2] Meramente a título de informação, salvaguardas são sobretaxas impostas com o objetivo de aumentar, temporariamente, a proteção à indústria doméstica que esteja sofrendo prejuízo grave ou ameaça de prejuízo grave decorrente do aumento, em quantidade, das importações, em termos absolutos ou em relação à produção nacional (cf. art. 1º do Decreto n.º 1.488/95), com o intuito de que durante o período de vigência de tais medidas a indústria doméstica se ajuste, aumentando a sua competitividade. A medida de salvaguarda corresponde a um rompimento dos compromissos previamente assumidos pelo país. Por tal razão, pode ensejar concessão de compensação para os países exportadores afetados. Para a imposição da medida, devem ser cumpridos os requisitos cumulativos previstos pelo Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, comprovando-se aumento das importações do produto; prejuízo grave à indústria doméstica (ou ameaça dele); nexo de causalidade entre as importações e o prejuízo/ameaça de prejuízo; e compromisso de ajuste.

análise de interesse público e, em específico, sua utilização no Brasil (item 2.4.1) e nos demais países (item 2.4.2).

## 2.1. Medidas *antidumping*

As medidas *antidumping* são uma sobretaxa aplicada sobre as importações originárias de determinados países investigados com o objetivo de evitar que os produtores nacionais continuem a ser prejudicados por importações realizadas a preços de *dumping*, caso sejam cumpridos requisitos técnicos específicos fixados no âmbito do Acordo *Antidumping* da OMC.[3] Tais medidas são aplicadas de forma geral (para o país como um todo) e também por empresa colaborativa, e estão limitadas ao montante de *dumping* apurado.

Para sua imposição, é indispensável a demonstração prévia da existência necessária e cumulativa de importações a preço de *dumping*[4], dano[5] (ou ameaça de dano material[6]) à indústria doméstica[7], e nexo causal[8] entre ambos. Logo, não basta a mera

[3] OMC. **Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade**, 1994. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

[4] Quando uma empresa exporta para o Brasil um produto a preço (preço de exportação) inferior àquele que pratica para o produto similar nas vendas para o seu mercado interno (valor normal). Desta forma, a diferenciação de preços já é por si só considerada como prática desleal de comércio. Para a imposição de medida antidumping, no entanto, é necessário demonstrar os demais requisitos cumulativos mencionados. É necessário que o valor normal e o preço de exportação estejam no mesmo nível de comércio, normalmente o ex-fabrica, e que sejam relativos a vendas realizadas tão simultaneamente quanto possível.

[5] Para a determinação de dano, avalia-se a evolução das importações, assim como a evolução detalhada dos indicadores de indústria doméstica (cf. art. 30, I a III do Decreto 8.058/2013).

[6] Será baseada na possibilidade de ocorrência de eventos claramente previsíveis e iminentes (cf. art. 33, Decreto 8.058/2013), capazes de alterar as condições vigentes de modo a criar uma situação em que ocorreria dano material à indústria doméstica em decorrência de importações objeto de dumping adicionais (cf. art. 33, § 2º do Decreto 8.058/2013). Nestes casos, são avaliados fatores adicionais como: (i) possibilidade de ocorrência de eventos futuros capazes de alterar as condições vigentes; (ii) possibilidade de importações adicionais do produto objeto de dumping e suas condições; e (iii) possibilidade de essas importações adicionais causarem dano material à indústria doméstica.

[7] A indústria doméstica corresponde à totalidade de produtores nacionais de produto similar ao importado, ou aqueles cuja produção conjunta constitua parcela significativa da produção nacional total do produto em análise. Não há definição de parâmetro para parcela significativa – porém, considerando a prática brasileira, parcela significativa corresponderia a mais de 50% da produção nacional. Para fins de solicitação de abertura de investigação, a petição apresentada deverá ser apoiada por produtores que representem 50% ou mais produção nacional.

[8] É necessário demonstrar em que medida as importações objeto de dumping são responsáveis pelo dano causado à indústria doméstica (cf. art. 32 do Decreto 8.058/2013), avaliando-se, inclusive, outros fatores conhecidos que possam estar causando dano no mesmo período (cf. art. 32, §1º do Decreto 8.058/2013). É

existência de *dumping* para fins de aplicação dos direitos: é necessária comprovação de que foram as importações a preço de *dumping* que contribuíram significativamente para o dano sofrido.[9]

Uma investigação *antidumping* original, que pode durar entre 10 e 18 meses, considera uma série de elementos, baseando-se em petição contendo dados detalhados da indústria doméstica e em respostas aos questionários dos importadores e exportadores do produto investigado.[10] Conforme a legislação brasileira, em paralelo à investigação *antidumping*, será realizada uma análise de interesse público (objeto de aprofundamento mais adiante), que visará contrabalancear os efeitos positivos e negativos da imposição da medida *antidumping* para os produtores nacionais e os efeitos negativos aos elos a montante e a jusante, podendo eventualmente suspender ou alterar os direitos aplicados por motivos de interesse público.

## 2.2. Medidas compensatórias

As medidas compensatórias, por sua vez, são sobretaxas impostas com o objetivo de compensar subsídio concedido direta ou indiretamente pelo país exportador para a produção, exportação ou transporte de produto exportado para o Brasil que cause dano à indústria doméstica (cf. art. 1º do Decreto 1.751/95[11]). Em outras palavras, sua

feita, nesse contexto, análise de não atribuição (não pode ser atribuído às importações investigadas dano causado por outros fatores).

[9] SDCOM. **Guia de Investigações Antidumping: principais conceitos e metodologias, aspectos formais e termos processuais, e passo a passo das investigações**. 2ª edição, março/2021, p. 23. 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>. Acesso em: 19/05/2021.

[10] "Art. 50. Os produtores ou exportadores conhecidos, os importadores conhecidos e os demais produtores domésticos, conforme definidos no § 2º do art. 45, receberão questionários indicando as informações necessárias à investigação e disporão do prazo de trinta dias para restituí-los, contado da data de ciência, sem prejuízo do envio de questionários para outras partes interessadas." (Decreto 8.058/2013). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8058.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

[11] "Art. 1º Poderão ser aplicados direitos compensatórios com o objetivo de compensar subsídio concedido, direta ou indiretamente, no país exportador, à fabricação, à produção, à exportação ou ao transporte de qualquer produto, cuja exportação ao Brasil cause dano à indústria doméstica." (Decreto 1.751/95). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1751.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

finalidade é tornar sem efeito a vantagem comercial concedida aos produtos importados em razão de subsídios.[12]

Para a imposição da medida, devem ser verificados os requisitos cumulativos previstos pelo Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, quais sejam: (i) a existência de um subsídio específico acionável[13]; (ii) dano ou ameaça de dano material à indústria doméstica e (iii) nexo causal entre ambos. Para a análise destes requisitos, realiza-se procedimento similar ao da investigação *antidumping*. Além disso, o direito compensatório a ser aplicado está limitado ao montante de subsídio apurado por empresa exportadora e a legislação pertinente veda a aplicação de *double remedies*.[14]

### 2.3. Indústrias fragmentadas

O status de indústria fragmentadas é relevante de forma a permitir o acesso efetivo de indústrias pulverizadas às investigações/medidas de defesa comercial, dado que tais investigações via de regra exigem elevado nível de detalhe nos dados e informações a serem aportados pelos pleiteantes das (ou interessados nas) referidas medidas, que podem inviabilizar a participação, na prática, desse tipo de indústria. A obtenção desse status possibilita relativa simplificação das informações que deverão ser

[12] BORGES, Daniel Damásio. **Sobre a proteção contra a conduta desleal dos Estados no comércio internacional: as ambiguidades de sua disciplina jurídica e de seus fundamentos no direito da OMC.** Rev. Direito GV, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 436, Agosto 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200428&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17/05/2021.

[13] Subsídio é uma contribuição financeira, por parte de um governo no território de um estado membro da OMC, ou a sustentação de preço/renda que confira um benefício ao produtor ou exportador, em função da existência, no país exportador, de qualquer forma de sustentação de renda ou de preços que, direta ou indiretamente, contribua para aumentar exportações ou reduzir importações de qualquer produto; ou da existência de contribuição financeira por um governo ou órgão público, no interior do território do país exportado. Para ser específico e, consequentemente, passível de medida compensatória, necessita ser limitado a uma ou a um grupo de empresas, ou a ramo(s) de produção, ou a região(ões) geográfica(s) em especial (Cf. art. 6º do Decreto 1.751/95). Também se enquadram como específicos os subsídios proIbidos (Cf. art. 8º do Decreto 1.751/95).

[14] Decreto 1.751/95, Art. 1º, § 2º Em cumprimento ao disposto no Parágrafo 5 do Artigo VI do GATT/1994, a importação de um produto não poderá estar sujeita, simultaneamente, à aplicação de direito compensatório e de direito antidumping, de que trata o Acordo de Implementação do Artigo VI do GATT/1994, para compensar uma mesma situação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1751.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

apresentadas, e garante maior flexibilidade em termos de defasagem temporal admitida para os dados submetidos à autoridade.

Para fins de defesa comercial, considera-se indústria fragmentada aquela que envolve um número especialmente elevado de produtores domésticos[15], e caberá à autoridade em cada caso determinar se a produção nacional do produto em questão se enquadra ou não como indústria fragmentada. Fatores que serão considerados para tanto são, por exemplo, o nível de pulverização da produção nacional do produto, bem como sua distribuição por porte dos produtores nacionais. Ademais, a habilitação de uma indústria como fragmentada deverá ser concluída antes da apresentação da petição de investigação de defesa comercial.

No âmbito da OMC, tem-se que o Acordo *Antidumping* não conceituou especificamente "indústria fragmentada", tampouco o que seria considerado "*an excepcionally large number of producers*" de que trata o seu art. 5.4 e a nota de rodapé 13[16] (incorporada no Decreto 8.058, art. 37, §3). Por sua vez, no caso *EC – Fasteners*, o Órgão de Apelação comenta a questão e argumenta que a ausência de critérios permitiria ao país flexibilizar a classificação, sendo que, em alguns casos, é difícil reunir as informações para abertura do procedimento.[17]

---

[15] Art. 1º, §1º, Decreto 9.107/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9107.htm>. Acesso em: 17/05/2021; e Art. 1º, §1º, Portaria 41/2018. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-no-41-de-27-de-julho-de-2018-34731691>. Acesso em: 17/05/2021.

[16] 5.4 An investigation shall not be initiated pursuant to paragraph 1 unless the authorities have determined, on the basis of an examination of the degree of support for, or opposition to, the application expressed(13) by domestic producers of the like product, that the application has been made by or on behalf of the domestic industry.(14)The application shall be considered to have been made "by or on behalf of the domestic industry" if it is supported by those domestic producers whose collective output constitutes more than 50 per cent of the total production of the like product produced by that portion of the domestic industry expressing either support for or opposition to the application. However, no investigation shall be initiated when domestic producers expressly supporting the application account for less than 25 per cent of total production of the like product produced by the domestic industry.

[13] In the case of fragmented industries involving an exceptionally large number of producers, authorities may determine support and opposition by using statistically valid sampling techniques."

[17] "We recognize that obtaining information regarding domestic producers may be difficult, particularly in special market situations, such as a fragmented industry with numerous producers. In such special cases, the use of "a major proportion" within the meaning of Article 4.1 provides an investigating authority with some flexibility to define the domestic industry in the light of what is reasonable and practically possible. The practical constraint on an authority's ability to obtain information regarding the domestic producers may also mean that, in such special cases, what constitutes "a major proportion of the total domestic production" may be lower than what is ordinarily permissible in a less fragmented market." (OMC. DS

No tocante aos requisitos e especificidades, a indústria que deseje solicitar sua habilitação como fragmentada deverá apresentar uma série de informações referentes ao ano civil anterior ao da apresentação da solicitação relacionadas ao produto similar doméstico em casos de *dumping* e subsídios (cf. art. 16 da Portaria 41/2018).[18] Em razão do nível de desagregação da indústria doméstica fragmentada e da maior dificuldade de coordenação entre seus agentes, a autoridade poderá flexibilizar os prazos para protocolo de petições e de informações complementares a petições e as informações exigidas nessas petições.[19] Para tanto, serão considerados as especificidades de cada setor fragmentado da indústria nacional e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.[20]

Merece registro que, por meio da Circular SECEX 02/2017[21], foi aberta consulta pública para apresentação de sugestões para o Decreto que disporia sobre procedimentos relativos a indústrias fragmentadas em investigações de defesa comercial. Após as manifestações recebidas, foi publicado o Decreto 9.107/2017, acima mencionado. No mesmo ano, foi aberta outra consulta pública, através da Circular 49/2017[22], para a apresentação de sugestões de alteração da Portaria que disporia sobre as informações necessárias para habilitação da produção nacional de determinado produto como indústria fragmentada para fins de defesa comercial.[23] Algumas das sugestões

397: EC – Fasteners. Relatório do Órgão de Apelação. Para. 415). Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds397_e.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

[18] Estas incluem matéria(s)-prima(s), composição química, características físicas, normas e especificações técnicas, processo produtivo, usos e aplicações, grau de substitutibilidade e canais de distribuição; NCM do produto; número de produtores nacionais ou sua estimativa; volume da produção nacional ou sua estimativa; volume de vendas no mercado brasileiro ou sua estimativa; distribuição dos produtores nacionais por porte ou sua estimativa, com base no faturamento ou no número de empregados, ou com base em critério comumente adotado no setor produtor;) entre outras.

[19] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/habilitacao-da-producao-nacional-como-industria-fragmentada>. Acesso em: 17/05/2021.

[20] Art. 1º, Decreto 9.107/2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9107.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

[21] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/images/REPOSITORIO/secex/gab/circulares_secex_2017/Circular-SECEX-002a_2017.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

[22] Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/circular-n-49-de-11-de-setembro-de-2017-19285433>. Acesso em: 17/05/2021.

[23] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/consultas-publicas-1/consultas-publicas-encerradas>. Acesso em: 17/05/2021.

coletadas foram acatadas e incorporadas à Portaria 41/2018, que versa justamente sobre o tema.

### 2.4. Análise de Interesse Público (AIP) em defesa comercial

Uma vez apresentadas as medidas de defesa comercial existentes, bem como a definição de indústria fragmentada, passa-se à conceituação e contextualização do chamado interesse público em defesa comercial e, mais especificamente, das avaliações de interesse público.

Ressalta-se, de início, que a avaliação de interesse público no contexto de eventual aplicação de medidas de defesa comercial não possui uma definição pré-estabelecida, fixa e determinada. Pelo contrário: seu conteúdo, por natureza, é indeterminado – e tal característica não vista é um defeito do conceito, uma vez que lhe permite se adequar ao contexto de cada momento.[24] Contudo, ainda que indeterminada, é possível considerar a avaliação de interesse público como uma análise do impacto da imposição das medidas de defesa comercial no país importador, considerando-se conjuntamente diversos interesses. O interesse público seria, portanto, a soma de todos os interesses da economia.[25]

Ademais, ainda que não seja um conceito hermético, considera-se o interesse público como "impessoalidade e como oposição à concessão de privilégios ao interesse privado"[26] ou, ainda, conforme proposta apresentada pela União Europeia à OMC, "como a apreciação de todos os interesses na Comunidade como um todo, a partir da análise dos efeitos econômicos decorrentes da imposição ou não imposição de medidas em face dos

[24] CORDOVIL, Leonor A. G. **O interesse público no antidumping**. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 94-95. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102011-131305/publico/leonor_cordovil_tese_doutorado_DEF.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

[25] MACERA, Andrea Pereira. **Interesse público e defesa comercial: considerações gerais**. Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXVII, nº 114, janeiro/março 2013, p. 13. Disponível em <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/114_APM.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

[26] "Impersonality, and as the opposite of giving privilege to private interest." International Trade Centre. **Business Guide to Trade Remedies in Brazil: Anti-dumping, countervailing and safeguard legislation, practices and procedures**. Geneva: ITC, 2009, p. 31. Disponível em: <http://www.intracen.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=37612>. Acesso em: 18/05/2021.

agentes econômicos na Comunidade".[27] Pode-se considerá-lo, em complemento, "uma válvula de escape em casos antidumping. Permite evitar a aplicação automática de direitos antidumping que causariam efeitos adversos e até mesmo efeitos econômicos desastrosos a outros setores da economia".[28]

De todo modo, este conceito abrange os interesses da sociedade, e sua análise tem o objetivo de avaliar os impactos decorrentes da aplicação de uma medida de defesa comercial. A avaliação de interesse público, neste sentido, não visa a questionar a adequação da decisão administrativa tomada pela autoridade em relação à medida aplicada, mas sim a sopesar os efeitos dela decorrentes. Tal análise não considera os fatores *dumping*, dano e nexo causal, por exemplo, mas sim os efeitos da medida sob uma perspectiva diversa e bem mais ampla.

### 2.4.1. Utilização do interesse público em defesa comercial no Brasil

O Brasil é um país vanguardista na utilização de um procedimento estruturado de análise de interesse público, estando a cláusula de interesse público prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde 1995, com a publicação dos Decretos 1.602/1995 (art. 64, §3º) e 1.751/1995 (art. 73, §3º).[29] Destaca-se que, no período de 1995 a 2012, foram concluídos 20 processos de avaliação de interesse público no Brasil, muito embora o processo tenha sido institucionalizado e procedimentalizado pela primeira vez somente em 2012 (Resolução CAMEX 13/2012), quando da criação do então Grupo Técnico de

[27] OMC. **Replies of the European Communities to the List of Questions Posed by Members on the Application of the Lesser Duty Rule and Consideration of Public Interest**. G/ADP/AHG/W/114, dated 11 April 2001, p. 1. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/G/ADPAHG/W114.pdf&Open=True>. Acesso em: 18/05/2021.

[28] WELLHAUSEN, Marc. **The Community Interest Test in Antidumping Proceedings of the European Union**. American University International Law Review 16, no. 4, 2001, p. 1030. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1245&context=auilr>. Acesso em: 18/05/2021.

[29] SDCOM. **Guias processual e material: interesse público em defesa comercial.** 2ª Edição (Versão Consolidada). Janeiro de 2020, p. 46. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf>. Acesso em: 27/06/2021.

Análise de Interesse Público (GTIP). Foi aprimorado ao longo dos anos e é hoje regulado pela Portaria SECEX 13/2020, e pelos Decretos 8.058/2013, 10.044/2019 e 9.745/2019.

O art. 3º da Portaria 13/2020 dispõe que se verifica o interesse público "quando o impacto da imposição da medida antidumping e compensatória sobre os agentes econômicos como um todo se mostrar potencialmente mais danoso, se comparado aos efeitos positivos da aplicação da medida de defesa comercial."[30] Em outras palavras, deve-se questionar se a imposição da medida de defesa comercial impacta a oferta do produto sob análise no mercado interno, de modo a prejudicar significativamente a dinâmica do mercado nacional, em termos de preço, quantidade, qualidade e variedade, entre outros.[31]

As AIP são conduzidas pela SDCOM, a qual profere recomendação ao final do processo.[32] A decisão final é do Comitê-Executivo de Gestão (GECEX) da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX).[33] Ressalta-se que as AIP serão conduzidas concomitantemente às investigações originais de *dumping* ou de subsídios, sendo facultativas no caso de revisões.[34]

Ademais, é aberto prazo para a apresentação de questionários de interesse público simultaneamente aos questionários do importador[35], a fim de que a SDCOM avalie se é de fato necessário o início da AIP nos casos de investigações originais. Caso não sejam apresentados questionários, a SDCOM pode decidir não prosseguir com a análise de interesse público, e o tema somente poderá voltar a ser discutido em sede de nova revisão, após 5 anos adicionais de vigência da medida de defesa comercial, ressalvadas situações excepcionais.

---

[30] BRASIL. **Portaria SECEX 13/2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-13-de-29-de-janeiro-de-2020-240570399>. Acesso em: 18/05/2021.

[31] SDCOM. **Guias processual e material: interesse público em defesa comercial.** 2ª Edição (Versão Consolidada). Janeiro de 2020, p. 122. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

[32] Cf. art. 96, XVII e XVIII do Decreto 9.745/2019.

[33] Cf. art. 7º, VI do Decreto 10.044/2019.

[34] Cf. arts. 4º, 5º e 6º da Portaria SECEX 13/2020.

[35] Cf. art. 6º, §§ 1º e 2º da Portaria SECEX 13/2020.

Ao final da avaliação de interesse público, a autoridade decidirá pela suspensão, manutenção ou alteração da medida de defesa comercial. Não há, no sistema brasileiro, previsão legal de extinção de medida de defesa comercial por razões de interesse público de forma imediata, mas somente sua suspensão por um ano (prorrogável por mais um ano) na hipótese de direitos *antidumping*. Passado tal período, a medida poderá ser revogada.[36]

### 2.4.2. Utilização do interesse público em defesa comercial nos demais países

A aplicação do interesse público, até hoje, não é obrigatória pelos estados-membros da OMC. Alguns possuem esta cláusula prevista em seus ordenamentos, como Brasil, União Europeia (UE), Canadá e Nova Zelândia, enquanto outros alegam que "a imposição de uma cláusula que obrigue o Membro a observar o interesse público, definindo o que é este interesse, seria uma violação à soberania, já que a definição do que é interesse público cabe ao próprio Membro".[37] Em razão disto, tanto o Acordo *Antidumping* quanto o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias são silentes sobre este ponto, havendo apenas uma cláusula específica no Acordo sobre Salvaguardas.[38]

Visando a compreender melhor a utilização do interesse público no mundo, passa-se brevemente à sua aplicação em alguns países. Na União Europeia, o teste de

---

[36] NAIDIN, Leane. **O interesse público na política de defesa comercial brasileira**. Revista Funcex, nº 139, abril/maio/junho de 2019, p. 49. Disponível em: <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE139_Leane.pdf>. Acesso em: 15/05/2021.

[37] CORDOVIL, Leonor A. G. **O interesse público no antidumping**. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 49. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102011-131305/publico/leonor_cordovil_tese_doutorado_DEF.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

[38] Art. 3.1. "A Member may apply a safeguard measure only following an investigation by the competent authorities of that Member pursuant to procedures previously established and made public in consonance with Article X of GATT 1994. This investigation shall include reasonable public notice to all interested parties and public hearings or other appropriate means in which importers, exporters and other interested parties could present evidence and their views, including the opportunity to respond to the presentations of other parties and to submit their views, inter alia, **as to whether or not the application of a safeguard measure would be in the public interest**. The competent authorities shall publish a report setting forth their findings and reasoned conclusions reached on all pertinent issues of fact and law" (g.n.). Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg_e.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

interesse da União, conduzido e decidido pela Comissão Europeia, é realizado em todas as investigações de defesa comercial, e concomitantemente a elas. O Comitê, composto pelos Estados-Membros, auxilia a Comissão e pode opinar sobre as investigações, sendo que suas considerações deverão ser apreciadas por ela.[39] Justamente por haver esse teste sempre que uma investigação é iniciada, há mais casos de interesse público da União Europeia do que dos demais países, e certa dificuldade em se identificar qual caso teve o interesse da União como elemento determinante.[40]

As AIP no Canadá, por sua vez, poderão ser conduzidas somente após o resultado da investigação de defesa comercial.[41] Em outras palavras, não são concomitantes à investigação. O Tribunal de Comércio Internacional do Canadá (CITT) conduz as avaliações de interesse público e elabora um parecer, e o Ministro das Finanças é quem toma a decisão final.[42]

Na Nova Zelândia, a AIP é parte do processo de investigações de *dumping* e/ou subsídios.[43] Não obstante, quem conduz as avaliações é o chefe executivo do Ministério do Negócio, Inovação e Emprego, enquanto o Ministro do Comércio é quem toma a decisão final.

---

[39] SDCOM. **Guias processual e material: interesse público em defesa comercial.** 2ª Edição (Versão Consolidada). Janeiro de 2020, p. 13. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

[40] MELO, Déborah de Sousa e Castro. **Does the public interest clause represent a suitable method to promote balance?** Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 75.

[41] SDCOM. **Guias processual e material: interesse público em defesa comercial.** 2ª Edição (Versão Consolidada). Janeiro de 2020, p. 26. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

[42] Quanto a este ponto, destaca-se o seguinte: "While the Brazilian administrative authorities are the ones responsible for the analysis of the existence of public interest on the suspension of trade remedies, the Canadian investigating authority -- the Canadian International Trade Tribunal -- is the main quasi-judicial institution in Canada's trade system and plays an important role in administering Canada's national and international economic commitments." MELO, Déborah de Sousa e Castro. **Does the public interest clause represent a suitable method to promote balance?** Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 68.

[43] SDCOM. **Guias processual e material: interesse público em defesa comercial.** 2ª Edição (Versão Consolidada). Janeiro de 2020, p. 40. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

Destaca-se que o teste de interesse público foi introduzido na Nova Zelândia em 2017 e entrou vigor somente em 2019, de forma que os dois primeiros casos do país foram decididos recentemente, em 2020 e 2021, sendo eles*: Canned Peaches from Greece* (abril/2021)[44] e *Galvanised Wire from Malaysia* (dezembro/2020).[45] Em ambos os casos, considerou-se haver motivos de interesse público para a aplicação das medidas *antidumping* pelos mesmos motivos: existência de origens alternativas; alta substitutibilidade do produto; e efeitos positivos à indústria doméstica, evitando prejuízos em seu desempenho financeiro e no nível de empregos.

Por fim, destaca-se o recentíssimo Teste de Interesse Econômico[46] do Reino Unido, que passou a vigorar desde 31/12/2020, com a finalização da transição do Brexit. Com sua implementação, a competência tanto para a condução das investigações, quanto para a sugestão de recomendações ao Secretário de Estado passou a ser da Trade Remedies Authority (TRA).[47] A TRA, sempre que houver determinações positivas de *dumping* ou subsídio – sejam elas provisórias ou definitivas – causando dano à indústria doméstica do Reino Unido, deverá obrigatoriamente incluir uma avaliação definitiva do Teste de Interesse Econômico.[48] Dentre os parâmetros de análise, destaca-se: o prejuízo

[44] Principais parâmetros considerados para fins da análise: (i) efeito da aplicação dos direitos sobre os preços dos produtos afetados; (ii) histórico do crescimento do preço do pêssego em lata com base em seu preço de fabricação; (iii) efeito dos direitos na venda de produtos semelhantes produzidos na Nova Zelândia, por intermédio da investigação do histórico de importações nacionais, da substitutibilidade, do preço dos produtos e do poder de consumo da população; (iv) possível efeito da medida na qualidade e no serviço ofertados, e da probabilidade de impactar negativamente o desempenho financeiro do mercado nacional; e (v) possíveis impactos nos empregos, alternativas nacionais e internacionais ao produto investigado, fatores que poderiam alterar a competitividade no mercado, entre outros. Disponível em: <https://www.mbie.govt.nz/dmsdocument/14201-canned-peaches-from-greece-full-review-stage-2-final-report-april-2021>. Acesso em: 17/05/2021.

[45] Os parâmetros de análise foram os mesmos considerados no caso Canned Peaches from Greece (Abril/2021). Disponível em: <https://www.mbie.govt.nz/assets/galvanised-wire-from-malaysia-stage-2-final-report.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

[46] "The test is similar in nature to the public interest test which applies when the European Commission adopts anti-dumping or anti-subsidy measures. However, it is also unique, having been specifically created for the UK's purposes, taking into account not only the EU experience but also that of other jurisdictions. There is, as yet, no decision applying the test, nor any judicial consideration of it. The law and practice in this area will therefore develop in the next few years." Disponível em: <https://brexit.law/2020/09/24/the-importance-of-the-economic-interest-test-in-the-uks-new-trade-remedies-regime/>. Acesso em: 18/05/2021.

[47] A competência anteriormente era exercida pela Trade Remedies Investigations Directorate ("TRID"), em nome do Secretário de Estado.

[48] Disponível em: <https://www.gov.uk/guidance/trade-remedies-investigations-directorate-trid-dumping-and-subsidisation-investigations-guidance/economic-interest-test>. Acesso em: 27/06/2021.

causado à indústria doméstica; a importância econômica das indústrias afetadas e dos consumidores; o provável impacto das medidas sobre essas partes; o possível impacto em determinadas regiões geográficas; entre outros.[49]

Nota-se, a partir das informações apresentadas sobre Brasil, União Europeia, Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido, que a escolha acerca do momento de início da avaliação é uma escolha específica de cada país, tendo cada uma seus prós e contras particulares. Não há, portanto, um padrão rígido quanto a este quesito.

## 3. Parâmetros para análise do interesse público em casos de defesa comercial e exame da jurisprudência brasileira sobre o tema

Como visto, a AIP objetiva verificar os impactos provenientes da aplicação de uma medida de defesa comercial, considerando-se os interesses de todos os agentes econômicos de certo mercado. Para tanto, busca analisar fatores que afetam o mercado, mas que normalmente não são identificados nas investigações de defesa comercial.[50] Neste sentido, o presente capítulo apresentará os atuais elementos de interesse público considerados no processo de análise e decisório da SDCOM, e, em seguida, o exame da jurisprudência brasileira nos últimos anos.

A SDCOM normalmente considera os parâmetros dispostos no modelo de Questionário de Interesse Público, o qual é disponibilizado às partes interessadas do processo e que, como previamente explicado, deve ser apresentado no mesmo prazo para a apresentação do questionário do importador. Ressalta-se, contudo, que a lista de

[49] "Paragraphs 25 of Schedule 4 and 23 of Schedule 5 specify those elements which the authorities must have regard to so far as relevant when applying the economic interest test. They also include a "catch-all" requirement to take account of such other matters as the authorities consider relevant. The factors listed specifically are: the injury caused to the relevant UK industry (or, in the case of safeguarding remedies, the serious injury caused to UK producers); the economic significance of the affected industries and of consumers in the UK; the likely impact of the remedies on those parties; the likely impact on particular geographic areas or particular groups in the UK; and the likely consequences for the competitive environment and for the structure of markets for goods in the UK." Disponível em: <https://brexit.law/2020/09/24/the-importance-of-the-economic-interest-test-in-the-uks-new-trade-remedies-regime/>. Acesso em: 06/07/2021.

[50] NAIDIN, Leane. **O interesse público na política de defesa comercial brasileira**. Revista Funcex, nº 139, abril/maio/junho de 2019, p. 44. Disponível em: <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE139_Leane.pdf>. Acesso em: 15/05/2021.

informações constantes do questionário é exemplificativa e não exaustiva[51], podendo a autoridade solicitar demais dados que considerar necessários ao longo da instrução da avaliação de interesse público.

Em suma, há 4 grandes temas no questionário de interesse público: características do produto, da cadeia produtiva e do mercado de produto sob análise; oferta internacional do produto sob análise; oferta nacional do produto sob análise; e impactos da medida de defesa comercial na dinâmica do mercado nacional.[52] Dentre os referidos tópicos, apenas os 3 primeiros constam na avaliação preliminar de interesse público emitida pela SDCOM, enquanto todos os 4 tópicos são contemplados para fins de avaliação final.

Naidin buscou identificar a frequência dos argumentos citados como justificativa para a manutenção ou modificação de medidas de defesa comercial por motivos de interesse público, e verificou que, dentre 29 casos, apenas 3 argumentos[53] foram citados em pelo menos metade dos casos que resultaram em alteração das medidas. Isto demonstraria, segundo a autora, uma falta de padronização dos parâmetros efetivamente utilizados nas decisões de AIP, conforme o trecho citado abaixo. É de se esperar, contudo, que dadas as características de cada produto e dos mercados envolvidos (e dos fatos e dados econômicos considerados em cada análise), certos parâmetros serão mais determinantes que outros em cada caso.

---

[51] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/questionario-de-interesse-publico>. Acesso em: 18/05/2021.

[52] Em específico, o item (i) abrange informações como características, cadeia produtiva, substitutibilidade e concentração do mercado do produto sob análise. O item (ii), por sua vez, verifica questões como a existência ou não de origens alternativas e de barreiras tarifárias e não tarifárias ao produto. O tópico (iii) trata do consumo nacional aparente, do risco de desabastecimento e de interrupção do fornecimento em termos quantitativos, e do risco de restrições à oferta nacional em termos de preço, qualidade e variedade. Por fim, no ponto (iv) avalia-se os impactos na indústria doméstica, nas cadeias a montante e a jusante, bem como se apresenta uma simulação de impactos.

[53] Quais sejam: (i) elevada concentração na estrutura do mercado doméstico e as condições de concorrência, efeitos líquidos negativos na economia; (ii) Impacto da medida nos preços domésticos do produto objeto da medida, necessidade de preservar estabilidade de preços; e (iii) Produto relevante na cadeia, impacto nos custos de produção a jusante ou a montante, efeitos sobre outros agentes econômicos que não a indústria doméstica. Cf. NAIDIN, Leane. **O interesse público na política de defesa comercial brasileira**. Revista Funcex, nº 139, abril/maio/junho de 2019, p. 49-50. Disponível em: <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE139_Leane.pdf>. Acesso em: 15/05/2021.

> "Esse cenário mostra uma fragmentação dos elementos considerados no processo decisório. Nem todos os argumentos identificados são levados em conta e/ou verificados pelas autoridades de implementação em todos os casos: um argumento pode ser invocado a favor da manutenção ou alteração da medida em um determinado caso, e sequer ser mencionado em todos os outros, configurando uma importante falta de padronização do arcabouço analítico do regime."[54]

Para se ter uma visão geral da jurisprudência da SDCOM sobre interesse público, inclui-se aqui a tabela com a compilação dos referidos resultados obtidos por Naidin, quanto aos principais elementos considerados no processo decisório das AIP.

**Tabela 1: Fatores econômicos nas decisões de interesse público (2013-2018)**

BRASIL: FATORES ECONÔMICOS NAS DECISÕES DE INTERESSE PÚBLICO (2013-2018)[1]

| Decisão | | Decisões de interesse público | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | Casos com manutenção da medida | | Casos com alteração da medida | | Frequência do critério nas decisões IP |
| | Fatores considerados na análise IP | Nº casos em que o argumento é considerado (1) | Frequência do argumento na manutenção de medidas (%) (2) | Nº casos em que o argumento é considerado (3) | Frequência do argumento na alteração de medidas (%) (4) | Total (5) |
| **Condições da oferta e da estrutura do mercado brasileiro** | | | | | | |
| A | Elevada concentração na estrutura do mercado doméstico e as condições de concorrência, efeitos líquidos negativos na economia | 5 | 71,43 | 19 | 86,36 | 24 |
| **Efeitos sobre preços e custos na economia** | | | | | | |
| G | Impacto da medida nos preços domésticos do produto objeto da medida, necessidade de preservar estabilidade de preços | 3 | 42,86 | 11 | 50,00 | 14 |
| H | A longevidade da medida afeta a avaliação dos impactos na cadeia de produção e avaliação do interesse público | 1 | 14,29 | 0 | 0,00 | 1 |
| I | Produto relevante na cadeia, impacto nos custos de produção a jusante ou a montante, efeitos sobre outros agentes econômicos que não a indústria doméstica | 2 | 28,57 | 11 | 50,00 | 13 |
| J | Desvalorização cambial após período objeto da investigação de defesa comercial | 0 | 0,00 | 3 | 13,64 | 3 |
| **Elementos sobre competitividade das exportações** | | | | | | |
| K | Efeitos sobre a competividade das exportações de produtos das indústrias usuárias, coerência com Plano Nacional de Exportações | 0 | 0,00 | 3 | 13,64 | 3 |
| **Elementos de política externa** | | | | | | |
| L | Elementos de política externa, medida contrária o adensamento das relações comerciais | 0 | 0,00 | 1 | 4,55 | 1 |
| **TOTAL DE CASOS DE INTERESSE PÚBLICO** | | 7 | | 22 | | 29 |

Elaboração própria. Nota 1: Dados dos casos concluídos até setembro de 2018. Onde se lê "casos" entenda-se "Resoluções Camex" e onde se lê "medida" entenda-se "medida de defesa comercial".

[54] Idem, p. 49-51.

### 3.1. Da metodologia para a seleção de casos de avaliação de interesse público relacionados a medidas *antidumping*, medidas compensatórias e indústrias fragmentadas

Com este contexto em mente, passa-se a analisar e comparar os elementos considerados pela SDCOM em avaliações de interesse público referentes a investigações *antidumping*, de subsídios e com indústrias fragmentadas desde 2019. Para tanto, foram selecionados: 23 casos de AIP relacionados à aplicação ou não de medidas *antidumping*, sendo que 21 deles serão tratados com foco nos DAD (item 3.2.), enquanto 2 deles envolvem indústrias fragmentadas (item 3.4.); e 3 casos relacionados à aplicação ou não de medidas compensatórias (item 3.3.). As conclusões parciais a partir de tal análise são apresentadas no item 3.5.

A metodologia de seleção dos referidos processos baseou-se, de modo geral, no lapso temporal de 2019 a 2021. Neste sentido, para AIP de investigações e/ou revisões *antidumping* encerradas nesse período[55], descartou-se somente os casos em que sequer foi iniciada a avaliação, por ausência de elementos suficientes de interesse público ou por perda de objeto, ou naqueles em que houve a extinção automática dos direitos[56], totalizando 21 casos.

Por sua vez, ) nos processos de medidas compensatórias, selecionou-se os 3 únicos casos de AIP encontrados desde 1995[57]; e para AIP com indústrias fragmentadas, foram encontrados 2 casos desde 2019. A Tabela 2 abaixo sintetiza os casos selecionados

[55] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/avaliacoes-de-interesse-publico-encerradas>. Acesso em: 16/05/2021.

[56] Em detalhe, destaca-se que: **1)** das 8 avaliações encerradas em 2021 referentes a direitos antidumping, 2 não foram iniciadas, de modo que foram selecionadas as 6 restantes; **2)** das 21 avaliações encerradas em 2020, 11 não foram iniciadas e 1 teve a extinção automática do direito e do compromisso de preços, de forma que foram selecionados os 9 casos restantes; e **3)** selecionou-se todas as 6 avaliações encerradas em 2019.

[57] Segundo histórico das avaliações de interesse público constantes dos Guias processual e material de IP em defesa comercial da SDCOM, de 1995 a novembro/2019 houve 2 decisões de AIP sobre medidas compensatórias (Laminados a quente/2018 e Corpos moedores/2019). De 2019 a maio/2021, foi encontrado apenas mais um caso (Filmes PET/2020). In: SDCOM. **Guias processual e material: interesse público em defesa comercial.** 2ª Edição (Versão Consolidada). Janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

para a referida análise, com a identificação do tipo de medida de defesa comercial objeto de investigação; e de se a indústria doméstica é ou não fragmentada.

**Tabela 2: Seleção de avaliações de interesse público conduzidas pela SDCOM**

| Nº | Caso | Medida de Defesa Comercial | Indústria Fragmentada? |
|---|---|---|---|
| **1** | Lápis (Circulares SECEX 51/2019 e 12/2020; e GECEX 19/2020 e 141/2021)[58] | Medida *antidumping* | Não |
| **2** | Vidros Planos Flotados Incolores (Circulares SECEX 69/2019, 35/2020 e 10/2021; e Resolução GECEX 160/2021)[59] | Medida *antidumping* | Não |
| **3** | Ácido Adípico (Circulares SECEX 20/2020; 71/2020; e Resolução GECEX 185/2021)[60] | Medida *antidumping* | Não |
| **4** | Acrilato de butila (EUA) (Circulares SECEX 67/2019; 73/2020; e Resolução GECEX 186/2021)[61] | Medida *antidumping* | Não |
| **5** | Tubos de plástico para coleta de sangue a vácuo (Circulares SECEX 30/2020, 75/2020, 86/2020 e 29/2021; e Resolução GECEX 193/2021)[62] | Medida *antidumping* | Não |
| **6** | Filmes PET – China, Egito e Índia (Circulares SECEX 33/2020 e 83/2020; e Resolução GECEX 203/2021)[63] | Medida *antidumping* | Não |

[58] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/lapis-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 16/05/2021.

[59] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/vidros-planos-flotados-incolores-aip>. Acesso em: 27/06/2021.

[60] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/acido-adipico-aip>. Acesso em: 16/05/2021.

[61] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/acrilato-de-butila-aip>. Acesso em: 16/05/2021.

[62] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/tubos-sangue-aip>. Acesso em: 24/06/2021

[63] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/filmes-pet>. Acesso em: 24/06/2021.

| | | | |
|---|---|---|---|
| **7** | Seringas descartáveis (China) (Circulares SECEX 39/2020 e 1/2021; e Resolução GECEX 216/2021)[64] | Medida *antidumping* | Não |
| **8** | Borracha NBR (Circular SECEX 46/2019 e Resolução GECEX 21/2020)[65] | Medida *antidumping* | Não |
| **9** | Ímãs de Ferrite (Circular SECEX 49/2019 e Resolução GECEX 36/2020)[66] | Medida *antidumping* | Não |
| **10** | Magnésio Metálico (Circular SECEX 17/2019 e Resolução GECEX 31/2020)[67] | Medida *antidumping* | Não |
| **11** | Laminados a quente (Circular SECEX 59/2019 e Resolução GECEX 5/2020)[68] | Medida *antidumping* | Não |
| **12** | Aço GNO (Circulares SECEX 23/2019 e 26/2020; Portarias SECINT 494/2019 e 495/2020; e Resolução GECEX 68/2020)[69] | Medida *antidumping* | Não |
| **13** | Vidros para Eletrodomésticos da Linha Fria (Circulares SECEX 40/2019 e 60/2019; e Resolução GECEX 63/2020)[70] | Medida *antidumping* | Não |
| **14** | Fenol (Circulares SECEX 56/2019; 6/2020 e 44/2021; e Resolução GECEX 91/2020)[71] | Medida *antidumping* | Não |
| **15** | Tubos de ferro fundido (Circulares SECEX 19/2019 e 52/2020; Resolução CAMEX 8/2019; e Resolução GECEX 113/2020)[72] | Medida *antidumping* | Não |

[64] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/seringas-descartaveis>. Acesso em: 27/06/2021.

[65] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/borracha-nbr-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 25/06/2021.

[66] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/imas-de-ferrite-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 25/06/2021

[67] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/magnesio-metalico-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 25/06/2021

[68] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/laminados-a-quente-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 16/05/2021.

[69] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacoes-de-interesse-publico-encerradas/laminados-planos-de-aco-ao-silicio-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 16/05/2021.

[70] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacoes-de-interesse-publico-encerradas/vidros-para-eletrodomesticos-da-linha-fria>. Acesso em: 16/05/2021.

[71] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/fenol-aip>. Acesso em: 16/05/2021.

[72] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacoes-

| | | | |
|---|---|---|---|
| **16** | Corpos moedores (Resoluções CAMEX 96/2017 e 40/2018)[73] | Medida *antidumping* | Não |
| **17** | Chapas de gesso (Resolução CAMEX 74/2018 e Portaria SECINT 420/2019)[74] | Medida *antidumping* | Não |
| **18** | Filme PET – Bareine e Peru (Resolução CAMEX 88/2018 e Portaria 473/2019)[75] | Medida *antidumping* | Não |
| **19** | Sal Grosso (Resoluções CAMEX 73/2017 e 47/2018; Circular SECEX 29/2019 e Portaria SECINT 485/2019)[76] | Medida *antidumping* | Não |
| **20** | Eletrodos de grafite (Resoluções CAMEX 19/2009; 5/2015; 20/2018; 66/2018; 42/2019; e Portaria SECINT 2185/2019)[77] | Medida *antidumping* | Não |
| **21** | Tubos de Ferro Fundido (Circulares SECEX 19/2019 e 52/2020; Resolução CAMEX 8/2019; e Resolução GECEX 113/2020)[78] | Medida *antidumping* | Não |
| **22** | Calçados (Circular SECEX 17/2021)[79] | Medida *antidumping* | Sim |
| **23** | Meias (Circulares SECEX 53/2020; 56/2020 e 19/2021)[80] | Medida *antidumping* | Sim |

de-interesse-publico-encerradas/tubos-de-ferro-fundido-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 16/05/2021.

[73] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/medidas-em-vigor/medidas-em-vigor/corpos-moedores-para-moinho>. Acesso em: 25/06/2021.

[74] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/chapas-de-gesso-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 16/05/2021.

[75] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/filme-pet-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 25/06/2021.

[76] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/sal-grosso-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 27/06/2021.

[77] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/eletrodos-grafite-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 16/05/2021.

[78] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacoes-de-interesse-publico-encerradas/tubos-de-ferro-fundido-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 27/06/2021.

[79] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-pendente-de-recebimento-de-questionario/calcados-aip>. Acesso em: 16/05/2021.

[80] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/avaliacoes-de-interesse-publico/avaliacao-de-interesse-publico-1/meias-avaliacao-de-interesse-publico>. Acesso em: 16/05/2021.

| | | | |
|---|---|---|---|
| **24** | Laminados a quente (Resolução CAMEX 34/2018)[81] | Medida compensatória | Não |
| **25** | Corpos moedores (Portaria SECINT 247/2019)[82] | Medida compensatória | Não |
| **26** | Filmes PET – Índia (Circulares SECEX 61/2020 e 21/2021)[83] | Medida compensatória | Não |

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados da SDCOM.

Pois bem. A partir da análise feita por Naidin, bem como da seleção dos casos de AIP acima descritos, passa-se ao exame detalhado dos parâmetros destacados pela autoridade em casos de *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas para fins de determinação final (ou preliminar, em alguns casos específicos); e do tipo de decisão (pela manutenção, suspensão ou extinção da medida de defesa comercial em questão).

### 3.2. Os parâmetros de interesse público em casos de *dumping*

Dentre os 21 casos selecionados de AIP relativas à investigação/revisão de direitos *antidumping*, destacam-se os critérios determinantes para a decisão da autoridade. São eles: (a) substitutibilidade (em 14 casos); (b) nível de concentração do mercado (em 21 casos); (c) capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento (em 21 casos); (d) existência ou não de origens alternativas (em 16 casos); (e) risco aos demais elos da cadeia produtiva (em 14 casos); e (f) critérios variados (em 17 casos).

Percebe-se, portanto, que os parâmetros de mais peso e mais frequentes nas avaliações em casos de *dumping* são, em primeiro lugar, o nível de concentração do mercado, bem como o possível risco de desabastecimento e a capacidade da I.D. de

[81] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/medidas-em-vigor/medidas-em-vigor/laminados-a-quente-subsidio>. Acesso em: 16/05/2021.

[82] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/medidas-em-vigor/medidas-em-vigor/corpos-moedores-para-moinho-subsidios>. Acesso em: 16/05/2021.

[83] Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/investigacoes-de-defesa-comercial/filme-pet-subsidios>. Acesso em: 16/05/2021.

atender a demanda nacional, presentes em todos os casos. Os critérios menos utilizados foram a substitutibilidade do produto e o impacto nos demais elos da cadeia produtiva.

Em relação ao nível de concentração do mercado, embora tenha sido o mais frequente na presente análise, ressalva-se que a própria SDCOM alegou no caso de Chapas de Gesso ser este um fator relevante, mas que não será necessariamente determinante para a decisão:

> "Vale ainda destacar que, em que pese ser este um mercado concentrado, conforme indicado pelo HHI calculado no item 3.4, não cabe ao Decom realizar o controle de estruturas, pois esta competência é do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. Assim, o fato de ser um mercado concentrado não significa, por si só, que este critério será determinante para a suspensão da medida *antidumping*, já que o interesse público abrange uma miríade de fatores, como já abordado neste parecer."[84]

Com isso em mente, passa-se à análise dos critérios mais recorrentes nos casos envolvendo subsídios e medidas compensatórias.

### 3.3. Os parâmetros de interesse público em casos de subsídios

Conforme explicado anteriormente, foram selecionados 3 casos de AIP relativos a medidas compensatórias, dos quais dois foram encerrados, estando um ainda em curso. Logo, para este último caso, serão considerados os critérios utilizados pela SDCOM para fins de determinação preliminar e consequente início da AIP.

Os parâmetros cruciais para a decisão da autoridade nos casos de subsídios foram os seguintes: (a) substitutibilidade (em 2 casos); (b) nível de concentração do mercado (em 2 casos); (c) capacidade da indústria doméstica de atender a demanda

[84] Portaria SECINT 420/2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-420-de-21-de-maio-de-2019-122629812>. Acesso em: 16/05/2021.

interna e/ou risco de desabastecimento (em 2 casos); (d) existência ou não de origens alternativas (em 2 casos); (e) risco aos demais elos da cadeia produtiva (em 2 casos); e (f) critérios variados (em 2 casos).

Ressalva-se que, por haver poucas avaliações de interesse público envolvendo medidas compensatórias, o resultado da análise fica restrito a este fator. Justamente por haver poucos casos, considerou-se um de 2018 e os demais a partir de 2019, para se ter uma análise da prática mais recente, conforme explicação anterior sobre a metodologia adotada.

Tal ressalva é de suma importância, principalmente ao se considerar os resultados obtidos. Os critérios de (a) a (d) acima elencados estiveram presentes em processos a partir de 2019 (corpos moedores e filmes PET).

Logo, ao que tudo indica, parece a SDCOM ter redefinido os parâmetros e a forma de condução das AIP no passado recente. Mais que isso: todos os parâmetros constantes dos dois casos mais recentes coincidem com os parâmetros de maior incidência nos processos relativos a medidas *antidumping*[85] – o que demonstra, nesta primeira análise, não haver distinções significativas nos parâmetros utilizados em casos de subsídios e de *dumping*.

### 3.4. Os parâmetros de interesse público em casos de indústrias fragmentadas

No que tange às duas AIP cuja indústria é fragmentada, destaca-se que uma delas ainda está pendente de determinação preliminar (calçados), enquanto a outra foi iniciada, mas ainda está em curso (meias). Considerou-se os critérios utilizados pela SDCOM na determinação preliminar já proferida, quais sejam: (a) nível de concentração do mercado; (b) capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento; (c) existência ou não de origens alternativas; e (d) maiores países exportadores no mundo.

[85] Quais sejam: substitutibilidade; nível de concentração do mercado; capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento; existência ou não de origens alternativas; e risco aos demais elos da cadeia produtiva.

Mais uma vez, percebe-se que os parâmetros considerados de maior peso pela autoridade em casos de indústrias fragmentadas, ainda que para fins de determinação preliminar, coincidem com os de maior incidência tanto nos casos de *dumping*, quanto de subsídios. Há, contudo, uma diferenciação feita pela autoridade na análise de cada um desses critérios – ressalta-se aqui que a distinção não é entre os critérios, e sim em sua análise/ponderação propriamente dita. Percebe-se, por exemplo, que naturalmente há menor ênfase em concentração de mercado, já que indústrias fragmentadas por definição tratam de mercados atomizados, além da relativização quanto a origens alternativas, como corroborado pela SDCOM no caso de Meias:

> "Sobre o nível de concentração do mercado:
> 'Ressalte-se que, **em se tratando de indústria fragmentada**, o volume das vendas dos outros produtores domésticos foi **estimado** a partir de painel de pesquisa realizada pelo IEMI e utilizando informações referentes aos códigos da Classificação Nacional de Atividades Econômicas - CNAE do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.
> (...)
> Assim, para fins de avaliação preliminar de interesse público, o mercado brasileiro se manteve **não concentrado** durante todo o período de investigação de dano, **o que é de se esperar dada a estrutura fragmentada desta indústria**, apresentando ainda tendência de desconcentração.'
>
> Sobre origens alternativas:
> '**Em função do caráter fragmentado** da indústria de meias em todo o mundo, não há dados acurados disponíveis sobre produção e capacidade instalada em termos mundiais'."[86] (*grifos nossos*)

[86] Circular SECEX 19/2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/circular-no-19-de-11-de-marco-de-2021-308013202>. Acesso em: 16/05/2021.

Nota-se, portanto, que os parâmetros considerados para fins de decisão são os mesmos do que nos casos de *dumping* e de subsídios, mas que a característica de fragmentação da indústria requer um tratamento diferenciado dentro de cada um destes parâmetros.

### 3.5. Conclusão parcial a partir da análise jurisprudencial dos parâmetros de interesse público da SDCOM em casos envolvendo *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas

Resta claro que cada caso de interesse público demandará uma análise extremamente específica, pois tratará de um produto em particular e de cadeias produtivas que terão suas próprias estruturas, características e dinâmica. Tais elementos são refletidos na jurisprudência da SDCOM em casos de interesse público envolvendo *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas: a autoridade segue o seu roteiro, adota com maior ou menor peso determinados parâmetros em sua decisão (a depender dos fatos e dados concretos de cada caso), sopesando elementos como a existência ou não de origens alternativas, o nível de concentração do mercado, a capacidade da indústria doméstica e/ou eventual risco de desabastecimento, e os impactos sobre os demais elos da cadeia produtiva. No entanto, não se observa, na prática atual, uma utilização de parâmetros distintos para cada um destes casos.

Nesse sentido, como já mencionado, os critérios constantes dos §§1º e 2º do art. 3º da Portaria 13/2020 não constituem lista exaustiva, de modo que a autoridade pode determinar outros critérios adicionais a serem considerados a depender do caso concreto. Não obstante, os mesmos elementos foram reiteradas vezes considerados, independentemente da medida de defesa comercial em questão e/ou da presença de indústria fragmentada – havendo somente distinção no tratamento dado a cada um desses elementos em casos de indústria fragmentada, conforme elucida a tabela do Anexo 1.

Logo, a partir da análise do Anexo 1, observa-se não haver diferenciação nos parâmetros utilizados pela SDCOM em cada um dos cenários propostos até o momento, o que corrobora a relevância da pergunta que se visa a responder no presente artigo: há necessidade de criação de parâmetros distintos e específicos para casos de *dumping*,

medidas compensatórias ou indústrias fragmentadas? É o que se buscará responder a seguir.

## 4. *Dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas: peculiaridades exigem tratamento diferenciado?

Uma vez analisados os últimos processos de AIP referentes a *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas, passa-se a questões mais específicas sobre cada um destes temas. Há dois conjuntos de questões principais que parecem ser indispensáveis para responder à pergunta objeto deste artigo: (i) em primeiro lugar, tendo em vista que a legislação vigente se aplica tanto a casos de *antidumping*, quanto de medidas compensatórias, pergunta-se: seriam os subsídios acionáveis mais gravosos e condenáveis do que o *dumping*? Em caso afirmativo, deve esse elemento ser considerado como (a) parâmetro de análise ou (b) fundamento específico de decisão em avaliações de interesse público envolvendo subsídios?

Em segundo lugar, avalia-se: (ii) dado o porte de pequenas e médias empresas, deve haver tratamento distinto nas AIP pela autoridade no caso de indústrias fragmentadas? Ou os parâmetros de análise e parâmetros decisórios devem ser os mesmos, sendo apenas garantido o efetivo acesso, com a consequente flexibilização de determinados aspectos da instrução (*lags* temporais, dados aceitos, etc.)? As indústrias fragmentadas atendem de fato a todas as empresas do setor nos processos? Outro ponto de particular relevância: indústrias fragmentadas podem ser peticionárias, mas também podem estar em elos a jusante ou a montante do elo da peticionária – qual a importância desse fato na participação em avaliações de interesse público?

A partir da resposta a tais questionamentos, será possível responder com mais clareza à chave central do presente artigo: são necessários parâmetros diferenciados para análises de interesse público em casos de *dumping*, de subsídios ou de indústrias fragmentadas? Passa-se, então, a cada um dos pontos elencados.

### 4.1. *Dumping* e subsídios acionáveis: mesmo nível de gravidade para fins de avaliação de interesse público em defesa comercial?

Tanto as ações contra a prática de *dumping*, quanto as ações contra subsídios acionáveis possuem como objetivo a manutenção da lealdade da concorrência internacional. Em outras palavras, visam a reestabelecer os pés de igualdade nas condições de concorrência entre empresas concorrentes em um mesmo mercado (*level the playing field*).[87] Dessa forma, percebe-se que, embora a prática de *dumping* e a concessão de subsídios acionáveis sejam ações distintas, seus efeitos sobre a concorrência em um determinado mercado são similares.

Neste sentido, a distinção principal está na origem dos efeitos prejudiciais sobre a concorrência: no caso de subsídios, o desequilíbrio ocorre em razão da contribuição financeira fornecida pelo Estado às empresas domésticas, enquanto no *dumping* o que se tem é uma busca pela neutralização da prática desleal de empresas privadas localizadas no país exportador.[88] As ações de defesa comercial contra ambas as práticas objetivam, portanto, a manutenção e a restauração do tratamento isonômico a ser reservado a empresas estrangeiras e nacionais.[89]

Há alguns autores[90], contudo, que acreditam ser subsídios acionáveis mais perigosos do que o *dumping* para os países importadores, no sentido de que o governo possuiria mais recursos do que empresas privadas para sustentar a prática desleal. O dano

[87] BORGES, Daniel Damásio. **Sobre a proteção contra a conduta desleal dos Estados no comércio internacional: as ambiguidades de sua disciplina jurídica e de seus fundamentos no direito da OMC.** Rev. Direito GV, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 443, Agosto 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200428&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17/05/2021.

[88] Idem, p. 442-443.

[89] Idem, p. 443.

[90] HARTIGAN, James C.; KAMMA, Sreenivas; PERRY, Phillip R. Are subsidies more dangerous than dumping? Journal of Economic Integration, Korea, v. 9, n. 1, p. 1-28, 1994. In: JOHANNPETER, Guilherme Chagas Gerdau. Antidumping: prática desleal no comércio internacional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996 apud SILVA, Alice Rocha da. **Dumping e Direito Internacional Econômico**. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, p. 396, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/199/174>. Acesso em: 17/05/2021.

sofrido pela indústria doméstica do país importador seria, consequentemente, também maior em casos de subsídios governamentais.[91]

A título de exemplo, Hartigan e Kamma realizaram pesquisa nos Estados Unidos, cujos resultados indicaram que o mercado encara de um modo diferente uma prática comercial injusta praticada por um governo estrangeiro em face daquela perpetrada por uma empresa agindo sem envolvimento estatal.[92] Nesse sentido, alega-se que o mercado considera os remédios de defesa comercial disponíveis na legislação norte-americana menos eficazes em casos de subsídios do que em casos isolados de *dumping* por empresas, de modo que: a análise do dano causado deveria ser menos rigorosa em casos de subsídios; e os autores chegam a sugerir que poderia ser permitido que a alíquota da medida compensatória ultrapassasse o valor do subsídio (algo não permitido hoje pela normativa da OMC).[93]

Observe-se que, na mesma linha do acima indicado, autores mais liberais defendem que as consequências econômicas para o país que concede um subsídio sequer possuem sentido (não servindo ao interesse nacional).[94] Igualmente, para o país que recebe os produtos importados a preços subsidiados haveria, de imediato, uma reação popular e uma resposta política no sentido de condenação de tais vendas por concorrência desleal, considerando-se que os setores nacionais concorrentes do produto importado e subsidiado são prejudicados.[95]

---

[91] SILVA, Alice Rocha da. **Dumping e Direito Internacional Econômico**. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, p. 396, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/199/174>. Acesso em: 17/05/2021.

[92] HARTIGAN, James C.; KAMMA, Sreenivas; PERRY, Phillip R. **Are subsidies more dangerous than dumping?** Journal of Economic Integration, Korea, v. 9, n. 1, p. 56-57, March 1994. Disponível em: <https://www.e-jei.org/upload/1w100107.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

[93] Idem, p. 59-60.

[94] "De fato, é difícil encontrar uma situação na qual os subsídios às exportações sirvam ao interesse nacional. O uso de subsídios à exportação como ferramenta de política econômica normalmente tem mais relação com as peculiaridades das políticas de comércio do que com a lógica econômica". KRUGMAN, P. R; e OBSTFELD, M. **Economia Internacional: teoria e política**. 5. ed. São Paulo: Makron Books, 2001, p. 116 apud PERES, Ana Carolina Meneghetti. **Subsídios e medidas compensatórias no sistema multilateral de comércio**, p. 129. In: HEES, Felipe; VALLE, Marília Castañon Penha. **Dumping, Subsídio e Salvaguardas: Revisitando Aspectos Técnicos dos Instrumentos de Defesa Comercial.** 1. ed. São Paulo: Singular, 2012.

[95] PERES, Ana Carolina Meneghetti. **Subsídios e medidas compensatórias no sistema multilateral de comércio**, p. 129. In: HEES, Felipe; VALLE, Marília Castañon Penha. **Dumping, Subsídio e**

Percebe-se, dessa forma, que muito embora subsídios e *dumping* sejam práticas com efeitos semelhantes, há uma discussão sobre a possibilidade de os subsídios serem considerados mais nocivos, justamente por serem fornecidos pelo Estado – que em tese possui muito mais recursos do que empresas. Não há, na legislação brasileira, uma distinção neste sentido e tampouco na jurisprudência analisada. Além disso, como dito, os parâmetros de análises de interesse público hoje são os mesmos para ambos os casos.

Analisando a legislação internacional, tampouco parece haver distinção nos parâmetros decisórios nas AIP até o momento. Os critérios utilizados pelo Reino Unido em seu Teste de Interesse Econômico[96], por exemplo, são os mesmos para casos de *dumping* e de subsídios. Contudo, em consulta pública de fevereiro/2021 a respeito do controle de subsídios[97], o governo sugeriu a alteração de alguns artigos do *UK-EU Trade and Cooperation Agreement* (TCA).[98] Dentre as sugestões, propôs que subsídios concedidos a transportadoras aéreas para a operação de rotas devem atender a condições específicas, como a realização de um teste distinto de interesse público.[99] Não foram identificadas informações publicamente disponíveis sobre quais seriam as diferenças desse novo teste, nem se tal sugestão foi de fato acatada.

Sobre a eventual necessidade de haver parâmetros distintos de análise, a princípio o roteiro de AIP atual é bastante completo e possibilita a utilização de parâmetros adicionais caso a caso. Isso por si só já permitiria uma avaliação específica

---

**Salvaguardas: Revisitando Aspectos Técnicos dos Instrumentos de Defesa Comercial.** 1. ed. São Paulo: Singular, 2012.

[96] "The test is similar in nature to the public interest test which applies when the European Commission adopts anti-dumping or anti-subsidy measures. However, it is also unique, having been specifically created for the UK's purposes, taking into account not only the EU experience but also that of other jurisdictions. There is, as yet, no decision applying the test, nor any judicial consideration of it. The law and practice in this area will therefore develop in the next few years." Disponível em: <https://brexit.law/2020/09/24/the-importance-of-the-economic-interest-test-in-the-uks-new-trade-remedies-regime/>. Acesso em: 18/05/2021.

[97] Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/957958/subsidy-control-consultation-document.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

[98] Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430(01)&from=EN>. Acesso em: 19/05/2021.

[99] Cf. TCA, Article 3.5(15), 187. REINO UNIDO. **Subsidy control: designing a new approach for the UK**. Fevereiro/2021, p. 29. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/957958/subsidy-control-consultation-document.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

em casos de subsídios, sopesando se estes foram relativamente mais nocivos e se os fatos do caso concreto exigem uma avaliação ou decisão distinta por se tratar de uma investigação de subsídios.

Dada a completude do roteiro atual, um roteiro com parâmetros específicos para casos de subsídios a princípio não parece ser necessário. A análise de origens alternativas, substitutibilidade, concentração, *etc*., será praticamente idêntica em casos de interesse público envolvendo subsídios e em casos envolvendo *dumping*. Uma norma no sentido de que necessariamente em casos de subsídios a análise deveria ser distinta ou com pesos distintos poderia eventualmente engessar a atuação da autoridade (*e.g.* em um contexto de pandemia, seria relevante impor medidas compensatórias sobre importações de respiradores?).

Nesse sentido, ainda que se considere que subsídios seriam mais nocivos do que a prática de *dumping*, os critérios de análise deveriam, na visão dos autores, ser mantidos os mesmos, visto que contemplam os principais pontos atrelados ao interesse público. Dito isso, pode-se argumentar que a normativa atual já permite à autoridade que, após o exame dos parâmetros contidos no roteiro, decida levando em consideração o fato de se tratar de subsídios e não de *dumping*. Ou seja, a presença de subsídios poderia ser considerada como parâmetro decisório – tanto pela SDCOM como também, como critério de ponderação e decisão, pelo GECEX; mas não exigiria a princípio uma alteração no roteiro de interesse público existente para incluir parâmetros específicos na análise de interesse público em casos de subsídios.

### 4.2. Tratamento a pequenas e médias empresas e participação das indústrias fragmentadas nos demais elos da cadeia produtiva: mesmos parâmetros para fins de para fins de avaliação de interesse público em defesa comercial?

As indústrias fragmentadas, compostas por inúmeras pequenas e médias empresas, já possuem, como demonstrado nos subcapítulos 0 e 0, um tratamento diferenciado (como flexibilização de prazos; relativização de dados do mercado; etc.) para viabilização de seu acesso a processos de defesa comercial. Mas isto basta, ou deveria haver também uma diferenciação nos parâmetros de análise e nos parâmetros

decisórios? Além disso, deveria haver distinções quando as indústrias fragmentadas estiverem em elos a jusante ou a montante do elo da peticionária?

O Acordo *Antidumping* estipula em seu art. 6.13 que a autoridade deve considerar as eventuais dificuldades de pequenas empresas na obtenção das informações solicitadas.[100] Neste sentido, ao mesmo tempo em que tais empresas devem cooperar o máximo possível com o processo, não deve haver encargos excessivos sobre elas. No caso US – Steel, por exemplo, os pequenos exportadores notificaram a autoridade sobre suas dificuldades em obter determinadas informações e, na ausência de ajuda por parte da autoridade, o Órgão de Apelação da OMC decidiu que eles cooperaram como podiam[101], não podendo ser conferido tratamento menos favorável a eles por tal motivo.[102]

Similarmente, nos Estados Unidos são considerados os chamados *adverse facts available* (AFA). De praxe, quando a autoridade de defesa comercial não obtém dados primários das partes interessadas, busca informações por outros meios disponíveis. Os AFA permitem não apenas tal busca, mas a seleção dos dados mais adversos para a parte considerada não cooperativa.[103] Isto pode ser especialmente prejudicial às pequenas e médias empresas não-peticionárias, visto que possuem menos recursos e tempo para a coleta dos dados solicitados, softwares menos sofisticados e, de modo geral, práticas de contabilidade menos sofisticadas.[104]

O Reino Unido prevê tratamento diferenciado às pequenas e médias empresas nas AIP. A autoridade deverá considerar os limitados recursos dessas partes, de modo que, quando possível, receberão questionários mais enxutos e simplificados para reduzir

---

[100] "6.13 The authorities shall take due account of any difficulties experienced by interested parties, in particular small companies, in supplying information requested, and shall provide any assistance practicable." In: OMC. **Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade**, 1994. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

[101] TREBILCOCK, M.; HOWSE, R. e ELIASON, A. **The Regulation of International Trade**. 4th edition. UK: Routledge, 2012, p. 341.

[102] BOSSCHE, Peter Van den. **The law and policy of the World Trade Organization: Text, cases and materials**. New York: Cambridge University Press, 2005.

[103] UPDEGRAFF, Ragan. **Striking a Balance between Necessity and Fairness: The Use of Adverse Facts Available in Dumping and Subsidies Investigations.** Georgetown Journal of International Law, vol. 49, no. 2, 2018, p. 712. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/08/GT-GJIL180024.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

[104] Idem, p. 726.

seu ônus, além de eventualmente receberam alguma assistência adicional da autoridade.[105] Do mesmo modo, de antemão a autoridade informa que, quanto às informações das pequenas e médias empresas, embora possa recebê-las pelos questionários, é provável que a própria autoridade tenha que ser mais proativa nessa coleta, eventualmente até contatando órgãos e autoridades locais.

Destaca-se, ainda, o *Continued Dumping and Subsidy Offset Act – CDSOA* (*Byrd Amendment*), promulgado em 2001 nos EUA. Tal norma previa a concessão de subsídios a empresas nacionais que peticionassem contra a prática de *dumping* de exportadores internacionais e sucedessem em seus pleitos.[106] Após análise pela OMC, esta o considerou em desconformidade com o Acordo *Antidumping*[107], principalmente devido à intensa prática de lobby corporativo. Tal mecanismo dificultava ainda a participação de pequenas empresas, que não possuem recursos financeiros para arcar sozinhas com o processo, e nem políticos – o que demonstra, mais uma vez, necessidade de atenção para com as pequenas e médias empresas.

Ademais, ressalta-se um trecho da contribuição de Behtke (2006) para o Livro Verde da União Europeia.[108] Diante do questionamento se deveria ser facilitada a atuação das pequenas empresas na análise do direito comunitário, respondeu o seguinte:

> "The need of the Community's economic strength is also built on small and medium-sized enterprises (SME). These operators, constituting a

[105] REINO UNIDO. **Economic interest test: How TRID applies the economic interest test. Outubro/2019**. Disponível em: <https://www.gov.uk/guidance/trade-remedies-investigations-directorate-trid-dumping-and-subsidisation-investigations-guidance/economic-interest-test>. Acesso em: 19/05/2021.

[106] Com a aplicação de direitos antidumping e medidas compensatórias em relação a essas exportadoras, e, verificado o dano às empresas domésticas peticionárias que faziam parte do mesmo mercado, o Poder Público pagava a estas certa quantia com o dinheiro recolhido por meio das medidas. In: LEE, Seung-Hyun; BAIK, Yoon-Suk. **Corporate lobbying in antidumping cases: Looking into the continued dumping and subsidy offset act**. Journal of Business Ethics, v. 96, n. 3, 2010, p. 469.

[107] HARTMANN-TROGER, Simone. **Antidumping and countervailing duties: the Byrd Amendment**. Int'l Trade & Bus. L. Rev., v. 11, 2008, p. 287.

[108] O Livro Verde é a compilação de diversas opiniões recolhidas de operadores do direito antidumping a respeito de como a União Europeia pode continuar a utilizar os instrumentos de defesa comercial para resguardar o interesse comunitário. In: CORDOVIL, Leonor A. G. **O interesse público no antidumping**. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 74. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102011-131305/publico/leonor_cordovil_tese_doutorado_DEF.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

> key asset of the EU economy, need specific consideration in the scope of the Community interest clause. They are particularly vulnerable in cases of unfair export strategies exerted by strong and partly dominant manufacturing exporters of third countries.
> (...)
> Small and medium-sized enterprises (SME), the basis and core of the Community economy, sometimes are "left out in the rain". These companies which usually do not have sufficient staff and experience in defending their interest should receive special assistance by the Commission Services."[109] (*grifos nossos*)

A partir de tais observações, nota-se que, de fato, as pequenas e médias empresas precisam de maior atenção e facilitação em sua participação nos processos de defesa comercial e interesse público – como previsto no Reino Unido[110], por exemplo. Isto se distingue, contudo, da consideração de parâmetros de análise e decisórios diferenciados a elas. O que se entende aqui é que os parâmetros de avaliação de interesse público em defesa comercial devem ser os mesmos, mas a forma de sua condução e aplicação poderá ser distinta para tais empresas.

Em relação à representação do setor pelas indústrias fragmentadas, o Órgão de Apelação da OMC, em EC – Fasteners, afirma que, de fato, há dificuldade em determinar se a quantidade de empresas que se manifestaram no processo representa uma proporção alta ou baixa da indústria fragmentada.[111] Logo, devido a essa complexidade na determinação, é possível que a autoridade se depare com um cenário em que as

---

[109] BETHKE, R. **Note concerning a short written contribution with regard to the EU trade defence instruments (TDI) and its application in a globalized economy. Issues under reflection**. Brussels: 2006. Disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/august/tradoc_129810.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

[110] Conforme apresentado anteriormente, no Reino Unido as pequenas e médias empresas recebem questionários mais enxutos e simplificados para reduzir seu ônus, além de eventualmente receberam alguma assistência adicional da autoridade. Da mesma forma, de antemão a autoridade informa que, quanto às informações das pequenas e médias empresas, embora possa recebê-las pelos questionários, é provável que a própria autoridade tenha que ser mais proativa nessa coleta, eventualmente até contatando órgãos e autoridades locais.

[111] OMC. **DS 397: EC – Fasteners.** Relatório do Órgão de Apelação. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds397_e.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

informações para análise não sejam precisas ou espelhem uma situação de apenas parte da indústria relevante.

Por fim, e retornando a análise ao Brasil, a presença de indústrias fragmentadas nos elos a montante ou a jusante da peticionária poderá de alguma forma dificultar a análise pela autoridade. A título de exemplo, em resina de polipropileno (PP)[112], a autoridade considerou o elo a jusante composto por diversas empresas de diferentes setores, sendo, portanto, fragmentado e heterogêneo. Tal característica pode dificultar a análise do interesse público, uma vez que, como alegado pela peticionária do caso, somente uma parcela dos setores que compõem esse elo estaria representada no processo.

## 5. Conclusão

No presente artigo foram apresentados os principais conceitos no que tange a medidas de defesa comercial e avaliações de interesse público, bem como sua aplicação no Brasil e no mundo. Em seguida, foram examinados os parâmetros de análise e decisórios utilizados pela autoridade em recentes AIP envolvendo *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas. Por fim, buscou-se aprofundar a análise, com avaliação sobre eventual nocividade superior de subsídios em comparação com *dumping*, e análise sobre o tratamento dado a pequenas e médias empresas. Tudo isto de modo a tentar responder à seguinte pergunta: há necessidade de criação de parâmetros distintos e específicos para casos de *dumping*, medidas compensatórias ou indústrias fragmentadas?

Pois bem. A hipótese inicial sustentada era de que os parâmetros de análise deveriam ser os mesmos, independentemente do cenário da AIP, por se tratar de um roteiro abrangente e que permite a utilização de parâmetros adicionais caso a caso. O que poderia ocorrer, a depender do caso, seria a facilitação de participação no processo, no caso de indústrias fragmentadas, por exemplo, ou a escolha, pela autoridade, de

[112] BRASIL. **Resolução GECEX 134/2020**. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/component/content/article/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2858-resolucao-gecex-n-134-de-23-de-dezembro-de-2020>. Acesso em: 17/05/2021.

considerar algum critério adicional – como a identificação de subsídios particularmente nocivos no caso concreto – ou, ainda, considerar a relevância e a modulação dadas a cada parâmetro, a depender dos fatos concretos in casu.

Uma vez analisados casos recentes no Brasil, bem como o tratamento dado por outros países no que tange AIP envolvendo *dumping*, subsídios e indústrias fragmentadas, tem-se que a referida hipótese foi confirmada. Hoje, de fato, não há no Brasil diferenciações nos parâmetros da análise do interesse público a depender do contexto. Tampouco foi verificada tal diferenciação, a princípio, nas normativas de outros países.

Em maior nível de detalhe, dada a completude do roteiro atual, um roteiro com parâmetros específicos para casos de subsídios a princípio não parece ser necessário. A análise de origens alternativas, substitutibilidade, efeitos a jusante, *etc*., será praticamente idêntica em casos de interesse público envolvendo subsídios e em casos envolvendo *dumping*. Uma norma no sentido de que necessariamente em casos de subsídios a análise deveria ser distinta ou com pesos distintos poderia eventualmente tornar excessivamente rígida a atuação da autoridade.

Nesse sentido, ainda que se considere a priori que subsídios seriam mais nocivos do que a prática de *dumping*, os critérios de análise deveriam, na visão dos autores, ser mantidos, visto que contemplam os principais pontos a serem considerados nos processos de AIP. Dito isso, a normativa atual já permite à autoridade que, após o exame dos parâmetros contidos no roteiro, decida levando em consideração o fato de se tratar de subsídios e não de *dumping*. Ou seja, a presença de subsídios poderia ser considerada como parâmetro decisório; mas não exigiria uma alteração no roteiro de IP para incluir parâmetros específicos na AIP em casos de subsídios.

No tocante às indústrias fragmentadas, a normativa brasileira já prevê a flexibilização de critérios e prazos, permitindo o acesso de indústrias fragmentadas à utilização de medidas de defesa comercial – e isso, naturalmente, se aplica às AIP. Como visto acima, fato é que as pequenas e médias empresas precisam de maior atenção e facilitação em sua participação em tais processos. Isto se distingue, contudo, da consideração de parâmetros de análise e decisórios diferenciados a elas. O que se entende

aqui é que os parâmetros devem ser os mesmos, mas a forma de sua condução e aplicação poderá ser distinta para tais empresas. Igualmente deve se facilitar o ingresso de eventuais setores a montante ou a jusante em sua participação em AIP, maximizando a participação de todos os agentes eventualmente interessados.

Em conclusão, entende-se que os parâmetros existentes e dispostos no guia e nas normas aplicáveis ao interesse público em defesa comercial vigente são suficientemente abrangentes, completos e não exaustivos, de modo que é possível a aplicação de parâmetros específicos em casos específicos (*e.g.* subsídios, indústrias fragmentadas), não exigindo, por sua vez, roteiros ou parâmetros individuais e diferentes para casos de *dumping*, subsídios ou indústrias fragmentadas.

**Referências Bibliográficas**

BETHKE, R. ***Note concerning a short written contribution with regard to the EU trade defence instruments (TDI) and its application in a globalized economy. Issues under reflection***. Brussels: 2006. Disponível em: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/august/tradoc_129810.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

BORGES, Daniel Damásio. **Sobre a proteção contra a conduta desleal dos Estados no comércio internacional: as ambiguidades de sua disciplina jurídica e de seus fundamentos no direito da OMC.** Rev. Direito GV, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 428-456, agosto 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000200428&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17/05/2021.

BOSSCHE, Peter Van den. ***The law and policy of the World Trade Organization: Text, cases and materials***. *New York: Cambridge University Press,* 2005.

BRASIL. **Circular 2/2017**. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/images/REPOSITORIO/secex/gab/circulares_secex_2017/Circular-SECEX-002a_2017.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

BRASIL. **Circular 29/2020.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/circular-n-29-de-24-de-abril-de-2020-254001028>. Acesso em: 17/05/2021.

BRASIL. **Circular 49/2017**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/circular-n-49-de-11-de-setembro-de-2017-19285433>. Acesso em: 17/05/2021.

BRASIL. **Decreto 1.751/95.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1751.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

BRASIL. **Decreto 8.058/2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d8058.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

BRASIL. **Decreto 9.107/2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9107.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

BRASIL. **Portaria 41/2018.** Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-no-41-de-27-de-julho-de-2018-34731691>. Acesso em: 17/05/2021.

BRASIL. **Portaria SECEX 13/2020**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-13-de-29-de-janeiro-de-2020-240570399>. Acesso em: 18/05/2021.

BRASIL. **Resolução GECEX 134/2020**. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/component/content/article/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/2858-resolucao-gecex-n-134-de-23-de-dezembro-de-2020>. Acesso em: 17/05/2021.

CORDOVIL, Leonor A. G. **O interesse público no *antidumping***. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 74. Disponível em:

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-20102011-131305/publico/leonor_cordovil_tese_doutorado_DEF.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

GOV.BR. **Avaliações de Interesse Público encerradas**. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/avaliacoes-de-interesse-publico-encerradas>. Acesso em: 15/05/2021.

GOV.BR. **Habilitação da produção nacional como indústria fragmentada**. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/habilitacao-da-producao-nacional-como-industria-fragmentada>. Acesso em: 17/05/2021.

HARTIGAN, James C.; KAMMA, Sreenivas; PERRY, Phillip R. ***Are subsidies more dangerous than dumping?*** *Journal of Economic Integration*, Korea, v. 9, n. 1, p. 45-61, March 1994. Disponível em: <https://www.e-jei.org/upload/1w100107.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

HARTMANN-TROGER, Simone. ***Antidumping and countervailing duties: the Byrd Amendment***. *Int'l Trade & Bus. L. Rev*., v. 11, 2008.

HEES, Felipe; VALLE, Marília Castañon Penha. ***Dumping*****, Subsídio e Salvaguardas: Revisitando Aspectos Técnicos dos Instrumentos de Defesa Comercial.** 1. ed. São Paulo: Singular, 2012.

International Trade Centre. ***Business Guide to Trade Remedies in Brazil: Anti-dumping, countervailing and safeguard legislation, practices and procedures***. Geneva: ITC, 2009. Disponível em: <http://www.intracen.org/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=37612>. Acesso em: 18/05/2021.

LEE, Seung-Hyun; BAIK, Yoon-Suk. ***Corporate lobbying in antidumping cases: Looking into the continued dumping and subsidy offset act***. *Journal of Business Ethics*, v. 96, n. 3, p. 467-478, 2010.

MACERA, Andrea Pereira. **Interesse público e defesa comercial: considerações gerais**. Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXVII, nº 114, janeiro/março 2013, p. 12-19. Disponível em <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/114_APM.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

MELO, Déborah de Sousa e Castro. **Does the public interest clause represent a suitable method to promote balance?** Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

NAIDIN, Leane. **O interesse público na política de defesa comercial brasileira**. Revista Funcex, nº 139, abril/maio/junho de 2019. Disponível em: <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE139_Leane.pdf>. Acesso em: 15/05/2021.

NOVA ZELÂNDIA. ***Canned Peaches From Greece***. *Stage 2 Final Report*, abril/2021. Disponível em: <https://www.mbie.govt.nz/dmsdocument/14201-canned-peaches-from-greece-full-review-stage-2-final-report-april-2021>. Acesso em: 17/05/2021.

NOVA ZELÂNDIA. ***Galvanised Wire from Malaysia*.** Stage 2 Final Report, dezembro/2020. Disponível em: <https://www.mbie.govt.nz/assets/galvanised-wire-from-malaysia-stage-2-final-report.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

OMC. **Acordo sobre Salvaguardas**. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg_e.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

OMC. ***Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade***, 1994. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

OMC. ***DS 397: EC – Fasteners*.** Relatório do Órgão de Apelação. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds397_e.htm>. Acesso em: 17/05/2021.

OMC. ***Replies of the European Communities to the List of Questions Posed by Members on the Application of the Lesser Duty Rule and Consideration of Public***

***Interest***. G/ADP/AHG/W/114, dated 11 April 2001. Disponível em: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/G/ADPAHG/W114.pdf&Open=True>. Acesso em: 18/05/2021.

REINO UNIDO. ***Economic interest test: How TRID applies the economic interest test. Outubro/2019***. Disponível em: <https://www.gov.uk/guidance/trade-remedies-investigations-directorate-trid-*dumping*-and-subsidisation-investigations-guidance/economic-interest-test>. Acesso em: 19/05/2021.

REINO UNIDO. ***Subsidy control: designing a new approach for the UK***. Fevereiro/2021. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/957958/subsidy-control-consultation-document.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

SDCOM. **Guia de Investigações *Antidumping*: principais conceitos e metodologias, aspectos formais e termos processuais, e passo a passo das investigações**. 2ª Edição, março/2021. 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>. Acesso em: 19/05/2021.

SDCOM. **Guias processual e material: interesse público em defesa comercial.** 2ª Edição (Versão Consolidada). Janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf>. Acesso em: 18/05/2021.

SILVA, Alice Rocha da. ***Dumping* e Direito Internacional Econômico**. Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, v. 2, n. 2, p. 390-417, jul./dez. 2005. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/view/199/174>. Acesso em: 17/05/2021.

TREBILCOCK, M.; HOWSE, R. e ELIASON, A. ***The Regulation of International Trade***. *4th edition*. UK: Routledge, 2012.

UPDEGRAFF, Ragan. ***Striking a Balance between Necessity and Fairness: The Use of Adverse Facts Available in Dumping and Subsidies Investigations.*** *Georgetown Journal of International Law*, vol. 49, no. 2, 2018. Disponível em: <https://www.law.georgetown.edu/international-law-journal/wp-content/uploads/sites/21/2018/08/GT-GJIL180024.pdf>. Acesso em: 17/05/2021.

WELLHAUSEN, Marc. ***The Community Interest Test in Antidumping Proceedings of the European Union***. *American University International Law Review* 16, no. 4, 2001, p. 1027-1082. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1245&context=auilr>. Acesso em: 18/05/2021.

**Anexo 1: Análise de avaliações de interesse público conduzidas pela SDCOM**

| Nº | Caso | Medida de Defesa Comercial | Indústria Fragmentada | Parâmetros Considerados na Decisão | | Decisão |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **1** | Lápis | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (não há) | Parecer IP: manutenção dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (moderado) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (há) | Resolução: manutenção dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | | |
| | | | | Outro: possíveis impactos na dinâmica do mercado brasileiro | X | |
| **2** | Vidros Planos Flotados Incolores | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (não há) | Parecer IP: não suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto, com leve queda) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (não há) | Resolução: extinção dos DAD para 2 origens; e prorrogação para 4 origens, com suspensão para 1 delas (art. 109) |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | | |
| | | | | Outro: (i) insumo relevante na cadeia produtiva de produtos diversos; e (ii) superação de barreiras à entrada e entrada de novos players relevantes | X | |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **3** | Ácido Adípico | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (há) | Parecer IP: não suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (não há risco de desabastecimento) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (há) | Resolução: prorrogação dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | | |
| | | | | Outro | | |
| **4** | Acrilato de butila (EUA) | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | | Parecer IP: não suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto, mas reduziu com DAD) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (há) | Resolução: prorrogação dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | | |
| | | | | Outro | | |
| **5** | Tubos de plástico para coleta de sangue a vácuo | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (não há) | Parecer IP: não suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (DAD aumentou concentração; há novos entrantes) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (há) | Resolução: prorrogação dos DAD e suspensão por interesse público (Covid-19) |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (elos a montante e a jusante) | |
| | | | | Outros: (i) produto com aplicação relevante para o setor de saúde, no entanto sem repostas do Ministério da Saúde por QIP sobre o produto; (ii) relevância dos elos a montante e a jusante; e (iii) | X | |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | redução do II no combate à pandemia do Covid-19 | | |
| **6** | Filmes PET – China, Egito e Índia | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (limitada) | Parecer IP: não suspensão, nem alteração dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (há) | Resolução: prorrogação dos DAD para as 3 origens, com suspensão para 1 delas (art. 109) |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (não há restrição de oferta no tocante a preço) | |
| | | | | Outros: (i) medidas AD mitigaram concorrência em relação a grupos de alcance global e deram relevância a produtores regionais, no âmbito da América Latina; e (ii) não há discrepância entre os preços nacionais e os demais exportadores | X | |
| **7** | Seringas descartáveis (China) | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (análise inconclusiva) | Parecer IP: prorrogação e suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (possível desabastecimento) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | | Resolução: suspensão dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (bem de consumo intermediário do setor de saúde) | |
| | | | | Outro: (i) efeitos incertos da pandemia; (ii) dinâmica dos preços das importações brasileiras de seringas descartáveis sugere que a aplicação | X | |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | da medida antidumping criou origens competitivas em preço, rivalizando com a origem em análise e diminuindo as importações | | |
| **8** | Borracha NBR | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (análise inconclusiva) | Parecer IP: manutenção dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (há) | Resolução: manutenção dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (não há) | |
| | | | | Outros: (i) tendência de recuperação da I.D. após aplicação; e (ii) sem indícios de abuso de poder de mercado pela I.D. em termos de preço | X | |
| **9** | Ímãs de Ferrite | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (não há) | Parecer IP: suspensão dos DAD (i) até o fim da vigência, caso não iniciada investigação de revisão de final de período; ou (ii) por até 1 ano, prorrogável |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto, mas com queda) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (incapacidade da I.D. e possível risco de desabastecimento) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (não há) | Resolução: suspensão da |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | Outro: não há indicação de eventual abuso de poder de mercado da I.D., em termos de preço | X | exigibilidade dos DAD |
| **10** | Magnésio Metálico | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | | Parecer IP: manutenção dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | | Resolução: não suspensão dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |
| | | | | Outro | | |
| **11** | Laminados a quente | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | | Parecer IP: extinção dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (moderado/alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | | Resolução: extinção dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |
| | | | | Outro | | |
| **12** | Aço GNO | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (não há) | Parecer IP: manutenção dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (concentrado) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (há dúvidas) | Resolução: manutenção dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |
| | | | | Outro: risco à competitividade dos setores usuários de aço | X | |
| **13** | Vidros para Eletrodomésticos da Linha Fria | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | | Parecer IP: manutenção integral dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (moderado) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (capacidade da I.D.) | |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (não há) | Resolução: prorrogação e redução por IP dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |
| | | | | Outros: (i) preço cobrado pela I.D. é superior aos cobrados pela China, Tailândia e Coreia do Sul em todos os períodos; e (ii) mesmo após a aplicação dos DAD, os preços chineses foram inferiores aos cobrados pelos demais países e pela I.D. | X | |
| **14** | Fenol | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (não há) | Parecer IP: suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade, com possível limitação) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (não há) | Resolução: prorrogação e suspensão por IP dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |
| | | | | Outros: (i) volume total das importações reduziu; e (ii) medidas de defesa comercial aplicadas há 18 anos impactou oferta internacional no mercado interno | X | |
| **15** | Tubos de ferro fundido | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (com restrições) | Parecer IP: prorrogação da suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (não há) | Resolução: suspensão dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | | |
| | | | | Outros: (i) possível aumento da demanda a partir da publicação do marco legal do saneamento básico; e (ii) produto intermediário essencial com | X | |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | custos relevantes para políticas de saneamento básico | | |
| **16** | Corpos moedores | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (há) | Parecer IP: não suspensão ou alteração dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (reduziu) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (risco de desabastecimento não comprovado) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | | Portaria: não suspensão dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |
| | | | | Outros: (i) aplicação do DAD não provocou redução nas importações; (ii) preço da I.D. permaneceu estável; e (iii) vedação ao double remedy, logo direito compensatório proposto foi inferior ao montante de subsídios apurado | X | |
| **17** | Chapas de gesso | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | | Parecer IP: não suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | | Portaria: não suspensão dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | | |
| | | | | Outro: preços nacionais não apresentaram inflação desproporcional | X | |
| **18** | Filme PET – Bareine e Peru | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | | Parecer IP: manutenção dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (há) | |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (não há) | |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | Outros: (i) grupos empresariais destinatários das medidas de defesa comercial possuem plantas em diversos países.; e (ii) a ausência de elementos de abuso de poder de mercado pela I.D. | X | Portaria: aplicação dos DAD |
| **19** | Sal Grosso | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | | Parecer IP: prorrogação da suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (incapacidade da I.D.) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (não há) | Portaria: prorrogação da suspensão dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |
| | | | | Outro: não houve reversão da decisão do CADE sobre a condenação dos representados por infração à ordem econômica | X | |
| **20** | Eletrodos de grafite | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (não há) | Parecer IP: extinção dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há risco) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (não há) | Portaria: extinção dos DAD |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | | |
| | | | | Outros: (i) cadeia produtiva nacional que sofria dano inexiste mais; e (ii) I.D. importa o produto de partes relacionadas em outras origens | X | |
| **21** | Tubos de Ferro Fundido | Medida antidumping | Não | Substitutibilidade do produto | X (limitada) | Parecer IP: suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há risco de desabastecimento) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (não há) | Resolução: aplicação e |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | Outros: (i) a essencialidade do produto para a implementação das políticas públicas de saneamento básico; e (ii) possível aumento da demanda a partir da publicação do marco legal do saneamento básico | X | suspensão por IP dos DAD |
| **22** | Calçados | Medida antidumping | Sim | Substitutibilidade do produto | N/A | Parecer IP: Pendente de determinação preliminar |
| | | | | Nível de concentração do mercado | N/A | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | N/A | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | N/A | Resolução: N/A |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | N/A | |
| | | | | Outro | N/A | |
| **23** | Meias*<br><br>*Parâmetros da determinação preliminar | Medida antidumping | Sim | Substitutibilidade do produto | | Parecer IP: AIP iniciada, mas ainda em curso |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (baixo) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (pouca clareza sobre) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (sim, mas há dúvidas) | Resolução: N/A |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | | |
| | | | | Outro: uma das origens investigadas é a maior exportadora mundial do produto | X | |
| **24** | Laminados a quente | Medida compensatória | Não | Substitutibilidade do produto | | Parecer IP: suspensão dos DAD |
| | | | | Nível de concentração do mercado | | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | | Resolução: |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |
| | | | | Outros: (i) excesso de oferta mundial; excesso de capacidade produtiva chinesa; fechamento de | X | |

| | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | mercados com vários casos de defesa comercial contra a China; (ii) impactos na agenda política de cooperação econômica com a China; (iii) perda de competitividade das exportações de bens tecnológicos em razão de aumento de custo do insumo para sua produção; e (iv) perda de empregos | | |
| **25** | Corpos moedores | Medida compensatória | Não | Substitutibilidade do produto | X (há) | Parecer IP: sem suspensão ou alteração da MC |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (reduziu) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (risco de desabastecimento não comprovado) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | | Resolução: prorrogação da MC |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | X (há risco) | |
| | | | | Outros: (i) aplicação do DAD não provocou redução nas importações; (ii) preço da I.D. permaneceu estável; e (iii) vedação ao double remedy, logo direito compensatório proposto foi inferior ao montante de subsídios apurado | X | |
| **26** | Filmes PET – Índia*<br><br>*Parâmetros da determinação preliminar | Medida compensatória | Não | Substitutibilidade do produto | X (restrita) | Parecer IP: AIP iniciada, mas ainda em curso |
| | | | | Nível de concentração do mercado | X (alto) | |
| | | | | Capacidade da indústria doméstica de atender a demanda interna e/ou risco de desabastecimento | X (há capacidade) | |
| | | | | Existência ou não de origens alternativas | X (dúvidas) | Resolução: N/A |
| | | | | Risco aos demais elos da cadeia produtiva | | |
| | | | | Outro | | |

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados da SDCOM.

# 2. PADRÕES DE MERCADO E OS DESAFIOS DA OMC: IMPACTOS SOBRE O COMÉRCIO INTERNACIONAL E A RESISTÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

## *2. MARKET STANDARDS AND THE CHALLENGES OF THE WTO: IMPACTS ON INTERNATIONAL TRADE AND THE RESISTANCE OF THE EUROPEAN UNION*

Carolina Bermúdez e Marconi Mélo Filho

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. EFEITOS DOS PADRÕES DE MERCADO NA OMC. 3. OS PADRÕES DE MERCADO NA OMC. 3.1. As infrutíferas discussões no comitê SPS. 4. O MERCADO DOS ESQUEMAS DE CERTIFICAÇÃO. 4.1. PROLIFERAÇÃO E COMPETIÇÃO. 4.2. Iniciativas privadas de harmonização. 5. PADRÕES DE MERCADO COMO INSTRUMENTOS DOS ESTADOS. 5.1. Reconhecimento de padrões de mercado pelos Estados. 5.2. O caso dos biocombustíveis. 6. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** A discussão sobre padrões privados e regulamentação multilateral não é recente, porém continua sem um desfecho concreto. Como principal razão para a estagnação desse tema na Organização Mundial do Comércio (OMC) tem-se a falta de apoio de países desenvolvidos, em especial dos países da União Europeia (UE), que é fortemente envolvida com essa nova forma de governança. Nesse contexto, o presente artigo buscará esclarecer em que medida haveria uma resistência do bloco para não apoiar a inclusão dos padrões privados no mandato da OMC, considerando-se a existência de um mercado de esquemas de certificação em ascensão e a grande utilização de tais padrões pelos países membros da UE.

**ABSTRACT:** *Although discussions on private standards and multilateral regulation are not recent, the matter continues without a concrete outcome so far. Given the lack of support from developed countries and the strong involvement of the European Union (EU) with this new form of governance, the debate came to a standstill in the World Trade Organization (WTO). In this context, this paper will seek to clarify the extent to which there would be resistance from the bloc not to support the inclusion of private standards in the WTO mandate, considering the existence of a growing certification scheme market and the widespread use of these standards by the EU.*

## 1. Introdução

Nas últimas décadas, tem-se percebido um aumento exponencial da criação e da utilização no comércio internacional dos chamados Padrões Privados de Sustentabilidade, também chamados normas voluntárias de sustentabilidade e padrões de

mercado. Para esta pesquisa, utilizar-se-á a última nomenclatura. Nos termos propostos por Thorstensen *et al*, um padrão de mercado é "um padrão internacional elaborado por multinacionais, redes de supermercados e ONG´s, que está fora do escopo de padrões formais internacionais como os elaborados pela *International Standardization Organization* – ISO".[1]

Tais padrões visam garantir que produtos e processos produtivos preencham requisitos mínimos de qualidade, segurança e, mais recentemente, sustentabilidade, esta que abrange aspectos de meio ambiente, direitos humanos, ética e gerenciamento de processos por exemplo[2]. A literatura indica que o conceito de sustentabilidade vem se consolidando desde a Conferência de Estocolmo em 1972[3], teve destaque na Declaração da ONU de 1992 (RIO92) e atualmente busca concretizar os Objetivos da Agenda 2030, firmada em 2015.[4] Os padrões privados guardam estreita relação com a Agenda 2030 e com os seus 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Recentemente, o *International Trade Center* – ITC realizou estudo no qual identificou cerca de 800 requisitos abrangidos nos padrões privados, cotejando-os com os 17 ODS´s e suas metas respectivas.[5]

---

[1] Tradução livre de "Our proposal for terminology would be 'market standards' in order to point to the kind of private standards that are prepared by multinationals, supermarket chains and NGOs, but are out of the scope of formal international standardization such as ISO. 'Market standards' would make a good distinction whenever discussions related to legitimacy and accountability are on the stage". (THORTENSEN, Vera. VIEIRA, Andreia Costa. **Private Standards or Market Standards in search for legitimacy in the International Trading System**. FGV EESP/CGCI Papers, 2015, p.5, Acesso em 16 de maio de 2021).

[2] INTERNATIONAL TRADE CENTRE. **Linking voluntary standards with sustainable development goals**. Genebra: ITC, 2020. p. 8. Disponível em: https://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/Linking%20Voluntary%20Standards%20to%20Sustainable%20Development%20Goals_Hi-res.pdf. Acesso em 13 maio 2021.

[3] Foi a primeira Conferência internacional que tratou do tema da preservação e conservação do meio ambiente e a sua relação com o desenvolvimento econômico.

[4] THORSTENSEN, V., MOTA, C. R., CORRÊA, R. O. **Série Cadernos de Normas Voluntárias de Sustentabilidade, Comércio e Sustentabilidade**, vol. 1, São Paulo, 2018. Disponível em: http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/pdf/INMETRO.Caderno._Vol._1._NVS.pdf. Acesso em 14 de maio 2021.

[5] INTERNATIONAL TRADE CENTRE. **Linking voluntary standards with sustainable development goals**. Genebra: ITC, 2020, p. 3. Disponível em: https://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/Linking%20Voluntary%20Standards%20 to%20Sustainable%20Development%20Goals_Hi-res.pdf. Esta análise não inclui os códigos de conduta de empresas. Acesso em 13 maio 2021.

A despeito do respaldo positivo dos 17 ODS's e da Agenda 2030, o aumento progressivo[6] da utilização dos padrões privados no comércio internacional tem trazido à tona uma série de questões que preocupam principalmente os países em desenvolvimento, que vão desde a questões relacionadas ao conteúdo e à participação na elaboração das normas, à obrigatoriedade e ao cumprimento (*soft law* ou *hard law*?[7]), aos custos de adequação para os fornecedores e exportadores, à identificação e mapeamento de todos os padrões voluntários, à necessidade de harmonização, até ao real motivo da sua exigência e como identificar se ele é efetivamente técnico-científico ou se ele configura mais uma barreira desleal ao comércio.

Em resposta aos desafios apresentados pelos padrões de mercado, a sociedade civil, a academia e o setor privado têm buscado atuar para mitigá-los. Por sua vez, como representantes desses atores não governamentais, no âmbito do comércio internacional, alguns países chegaram a levar essa discussão à OMC, notadamente no âmbito do Comitê de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), mas não obtiveram sucesso. A falta de apoio de países desenvolvidos se apresenta como principal razão para o não avanço desse tema na Organização.[8] Nesse cenário de resistência à discussão, a UE merece especial destaque. Isso não só porque o bloco majoritariamente abarca países desenvolvidos, como também pelo fato de a UE ser o berço de grande parte dos formuladores, consumidores e influenciadores de padrões de mercado, como adiante se comprovará.

Sob essa perspectiva, e tangenciando alguns aspectos jurídicos relacionados aos padrões de mercado e ao mandato da OMC, o presente artigo enfatizará o espectro

[6] O International Trade Center identifica pelo menos seis razões para a emergência dos padrões privados, a saber: a globalização das cadeias de produção, maior conscientização por parte dos consumidores a respeito da qualidade e da segurança de alimentos e dos impactos ambientais decorrentes do consumo, transição para uma governança cada vez mais privada, concentração das indústrias, alterações regulatórias nos principais mercados desenvolvidos e estratégias de marca e de marketing (como "selo verde"). VON HAGEN, Oliver and ALVAREZ, Gabriela. **The Interplay of Public and Private Standards:** Literature Review Series on the Impacts of Private Standards, Part III, January 1, 2012.

[7] Fala-se em hard law quando se quer referir às características inerentes ao direito dogmático, ao direito posto, com obrigações legais e peremptório, cujo incumprimento é passível de sanção pelo Estado. Ao revés, refere-se ao soft law relacionando-o às regras criadas e implementadas por entidades não-estatais (tais como associações e empresas privadas), que não obrigam ou vinculam terceiros e de cumprimento flexibilizado (enforcement).

[8] TANG, Yi Shin; LIMA, Bruno Youssef Yunen Alves de**. Private Standards in the WTO: A Multiple Streams Analysis of Resisting Forces in Multilateral Trade Negotiations**. Contexto int., Rio de Janeiro , v. 41,n. 3 p. 501-527, Dec. 2019.

político desta temática, ampliando uma discussão sobre em que medida há uma resistência da UE em apoiar uma regulamentação sobre o assunto na OMC. O artigo se utilizará fundamentalmente de pesquisa bibliográfica.

Em princípio, considera-se que haveria uma pressão dos esquemas de certificação que não desejariam reduzir sua influência "mercado" frente a uma regulação do tema pela Organização, notadamente diante das propostas de harmonização e consequentemente da redução de escopo, área ou alcance de atuação das certificadoras. Outro aspecto a ser analisado é se a UE utilizaria tais esquemas privados de certificação como instrumentos para aplicar sua regulação.

O capítulo 2 tratará da contextualização dos padrões de mercado, abordando externalidades positivas e negativas da sua utilização. No capítulo 3, abordaremos como o tema vem sendo tratado na OMC, especificamente nos Comitês TBT e SPS[9], a fim de ilustrar a dificuldade encontrada pelos membros em dar seguimento à discussão do tema na Organização.

A partir do capítulo 4, passa-se a endereçar as hipóteses sugeridas para essa pesquisa ao apresentarmos o novo mercado dos esquemas de certificação, a proliferação destes e a competição decorrente do referido fenômeno, questionando-se se eventual busca pela harmonização poderia diminuir os problemas ocasionados pela miríade de certificações existentes e, por consequência, ser uma das razões pelas quais tais esquemas poderiam não receber bem uma regulação multilateral sobre o tema. Ao final do capítulo, analisa-se relação dos padrões de mercado com a UE.

No capítulo 5 examinaremos a existência de uma governança público-privada dos padrões privados, detalhando o contexto jurídico e político das medidas de segurança do alimento e sustentabilidade que influenciaram a criação de certificações privadas no bloco e o modo como a UE respondeu a isso. No segundo e último subitem do capítulo, analisaremos o caso concreto dos biocombustíveis para ilustrar a forte relação entre a UE

[9] Acordo da OMC sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT) e Acordo da OMC sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS). Tradução livre de WTO Technical Barriers to Trade (TBT) Agreement and WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS).

e os esquemas de certificação privados para, ao final da pesquisa, buscar responder às hipóteses formuladas inicialmente.

## 2. Efeitos dos padrões de mercado

Antes de propriamente adentrar na parte central do presente estudo, quando trataremos do mercado de certificações e dos obstáculos à regulação no âmbito da OMC, cumpre afirmar que a utilização dos padrões privados possui efeitos positivos e negativos ao comércio internacional.

Em estudo recente, a UNFSS identificou alguns problemas na aplicação dos padrões de mercado, tais como a credibilidade dos instrumentos exigidos para garantir a sustentabilidade, o alto custo para o setor produtivo e de distribuição, a fragmentação de regras e a exclusão de produtores de menor porte e capacidade.[10]

Além disso, a literatura aponta a dificuldade de acesso à informação relacionada aos padrões exigidos, o grande número de padrões privados de sustentabilidade em uso, as exigências mais rigorosas do que as regulações estatais e a não participação dos países em desenvolvimento no processo de elaboração de tais normas, o que resulta na exclusão de seus interesses na formulação desses requisitos praticados no comércio global.[11]

A complexidade e a dificuldade em cumprir com requisitos de sustentabilidade cada vez mais rigorosos pode gerar restrições ao comércio, trazendo o mesmo efeito indesejado das medidas de defesa comercial, a exemplo das medidas *antidumping*, e prejudicar o consumidor, em última instância.

Ainda se fala da suposta voluntariedade e do caráter de *soft law* de tais padrões privados, o que em tese pode ser considerado ponto positivo, dado que a

[10] THORSTENSEN, V., MOTA, C. R., CORRÊA, R. O. **Série Cadernos de Normas Voluntárias de Sustentabilidade, Comércio e Sustentabilidade**, vol. 1, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/pdf/INMETRO.Caderno._Vol._1._NVS.pdf>. Acesso em 16 de maio de 2021.

[11] BARROS, Maria Carolina Mendonça de. **Impacto dos Padrões Privados de Sustentabilidade no Mercado de Produtos Agrrícolas e nos Países em Desenvolvimento**. In: Coletânia WIT, São Paulo, vol. 1, 2019, pp. 12/13.

voluntariedade traz custos somente a quem pode arcá-los e a flexibilidade da regra contribui para adaptação mais rápida às regras de mercado. Ocorre que com cadeias produtivas cada vez mais globalizadas, em certos setores nos quais existem poucos compradores que controlam a venda de determinados produtos, como nas grandes redes varejistas de supermercado, o cumprimento do padrão exigido torna-se um imperativo, inexistindo alternativa que não seja a saída do mercado respectivo em caso de inobservância ou ausência de capacidade de cumpri-lo.[12]

Atualmente, como adiante se verá, também se percebe a formação cada vez mais consolidada de um mercado de esquemas de certificações, os quais concorrem ferozmente entre si, sem qualquer controle ou supervisão do conteúdo de suas exigências.

Por outro lado, como exemplo da utilização dos padrões privados de sustentabilidade com objetivos legítimos podem ser destacados o aprimoramento dos processos produtivos, a redução de impactos ambientais nas cadeias globais de valor e a disponibilização de produtos menos impactantes aos consumidores. Da mesma forma, podem promover melhores práticas de gestão, com a utilização de tecnologias limpas, a internalização dos custos ambientais e sociais e o incentivo à competição dos produtos sustentáveis.[13]

Vê-se que existem efeitos positivos e negativos em geral, os quais destacamos sem o objetivo de esgotar o tema. Nada obstante, o presente trabalho procurará enfatizar as dificuldades e os efeitos negativos que os padrões podem gerar, instigando o leitor a pensar e refletir sobre os possíveis contextos e soluções para as questões.

Sendo essas as considerações mais recorrentes acerca dos efeitos positivos e negativos que o uso dos padrões privados podem ocasionar, o fundamental é perceber que

[12] AMARAL, Manuela. **Protecionismo** privado: a atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional. Contexto int., Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 201-228, jun. 2014. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292014000100007&lng=pt&nrm=iso . Acesso em 19 de maio de 2021., p.4.

[13] LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. **Padrões privados na Organização Mundial do Comércio:** limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 110-112.

o assunto está na ordem do dia do comércio internacional e, por consequência, dos países e dos diversos organismos públicos e privados que se ocupam do tema.

## 3. Os padrões de mercado na OMC

Atualmente, tem-se dificuldade em encontrar equilíbrio entre os legítimos objetivos pretendidos pelos padrões privados (sociais, econômicos e ambientais) e a obrigação internacional de não criar barreiras ilegítimas ao comércio internacional.

A questão se torna ainda mais relevante na medida em que se questiona se tais padrões de mercado se submetem ou não à governança da OMC e aos Acordos TBT e SPS[14], eis que eles são desenvolvidos por entes privados e as regras da OMC se aplicam somente aos Estados-membros.

Com efeito, a doutrina tem feito distinção entre regulamentos e normas/padrões técnicos. Os regulamentos são requisitos governamentais obrigatórios, exigidos por meio de atos oficiais como portarias ou decretos. As normas ou padrões técnicos consistem em requisitos mínimos de qualidade, segurança e sustentabilidade, exigidos com a finalidade de atingir maior padronização e facilitação do comércio. São normalmente estabelecidos por normas técnicas de observância voluntária, elaborados por entidade privada ou por organismo privado reconhecido oficialmente, tal como a ABNT (conhecidos como "organismos normalizadores nacionais).[15]

Enquanto os regulamentos feitos pelos Estados precisam obedecer às regras multilaterais da OMC, os preceitos do GATT e os Acordos TBT e SPS, os padrões de sustentabilidade elaborados por entes privados, muitas vezes mais rigorosos do que os

[14] As regras da OMC relacionadas às barreiras técnicas (Acordo TBT) e às medidas sanitárias e fitossanitárias (Acordo SPS) objetivam garantir que tais medidas não sejam utilizadas como barreias desnecessárias e injustificadas ao comércio internacional. O Acordo TBT estabelece, em suma, diretrizes para a elaboração de regulamentos e normas/padrões técnicos. O Acordo SPS, por sua vez, estabelece regras para medidas sanitárias e fitossanitárias, com o intuito de proteger a saúde animal, vegetal e humana.

[15] AMARAL, Manuela. **Protecionismo privado:** a atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional. Contexto int., Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 201-228, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292014000100007&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 19 de maio de 2021.

regulamentos estatais, não estariam sujeitos, argumenta-se, às normas do sistema multilateral de comércio.

O Anexo 1 do Acordo TBT[16] informa os conceitos de regulamentações técnicas e padrões. Estes são aprovados por um "órgão reconhecido", não são obrigatórios e cuidam de terminologia, símbolos, requisitos de embalagem, marcação ou rotulagem aplicáveis a um produto, processo ou método de produção. Podem ser criados por organizações de reconhecida experiência e atuação técnica, sem embargo de poderem ser estabelecidos por "outras organizações de padronização"[17]. Assim, o Código TBT acaba não conceituando especificamente o que são os "órgãos de padronização não governamentais".[18] O Acordo SPS tampouco apresenta o conceito de "organizações internacionais relevantes"[19], as quais também podem criar padrões sanitários e fitossanitários na esfera do referido acordo.

Tais indefinições e imprecisões trazem dificuldades de entendimento a respeito da configuração das organizações criadoras e implementadoras desses esquemas de certificações privados como "organizações não governamentais"[20], e se eles devem observar ou não o Acordo TBT da OMC, sobretudo quando se verifica que os Membros devem assegurar que as entidades que não fazem parte do governo sigam as regras do acordo (Artigos 3.4 e 3.5 do Acordo TBT).[21] No mesmo sentido, o citado acordo prevê

[16] Disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/17-tbt_e.htm. Acesso em 19de maio de 2021.

[17] Anexo 1.8 do Acordo TBT.

[18] LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. **Padrões privados na Organização Mundial do Comércio:** limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 90 e 91.

[19] Anexo A.3 (d) do Acordo SPS.

[20] Michael Roberts defende que a caracterização das entidades privadas certificadoras de esquemas privados como "organismos não governamentais" pode se dar a partir do exame do nível envolvimento dos governos, seja participando na elaboração, seja financiando, fomentando ou reconhecendo a regulação privada. De acordo com o relatório do painel Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, o fato de uma medida ser adotada por ente privado não exclui a possibilidade de ela ser considerada governamental caso haja suficiente envolvimento do governo (OMC, 1998) (ROBERTS, Michael. T. **Private Standards and Multilateral Trade Rules**. Trabalho preparado para a FAO. Roma: Food and Agriculture Organization, 2009a).

[21] Art. 3.4 Os membros não devem adotar medidas que requeiram ou encorajem órgãos do governo local e órgãos não governamentais nos seus territórios a agir de maneira inconsistente com o Artigo 2.

que os Membros devem adotar medidas para prevenir que os órgãos de padronização não governamentais não ajam de forma inconsistente com o Código de Boa Conduta (Artigo 4). O Artigo 13 do Acordo SPS[22] também possui o mesmo sentido, quando determina que os Membros devem adotar medidas que fomentem a aplicação das obrigações do acordo por entidades não governamentais internas.

Nesse contexto, importante mencionar que países desenvolvidos, em especial a UE, se opuseram ao uso do termo "entidade não governamental" na definição de padrões privados que se buscou alcançar na OMC no âmbito dos trabalhos do Comitê SPS[23], tema a ser discutido no próximo subitem. Ao aceitar esse termo para a definição de padrão privado, na prática, os Membros estariam reconhecendo que tais padrões já estão abarcados pela OMC e, portanto, poderiam ser responsabilizados por eles no âmbito multilateral.[24]

### 3.1. As infrutíferas discussões no Comitê SPS

O debate em torno do tema dos padrões privados já foi objeto de discussões no âmbito da OMC, as quais foram motivadas pela dificuldade de acesso a mercados e pelo rigor das exigências de certificações. Na reunião do Comitê SPS em junho de 2005,

Art. 3.5 Os membros são integralmente responsáveis pela observância do Artigo 2. Os membros devem formular e implementar mecanismos e medidas positivas que promovam o cumprimento do Artigo 2 por outros atores além dos órgãos governamentais centrais.

[22] Article 13 - Members are fully responsible under this Agreement for the observance of all obligations set forth herein. Members shall formulate and implement positive measures and mechanisms in support of the observance of the provisions of this Agreement by other than central government bodies. Members shall take such reasonable measures as may be available to them to ensure that non-governmental entities within their territories, as well as regional bodies in which relevant entities within their territories are members, comply with the relevant provisions of this Agreement. In addition, Members shall not take measures which have the effect of, directly or indirectly, requiring or encouraging such regional or non-governmental entities, or local governmental bodies, to act in a manner inconsistent with the provisions of this Agreement. Members shall ensure that they rely on the services of non-governmental entities for implementing sanitary or phytosanitary measures only if these entities comply with the provisions of this Agreement.

[23] WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO. **Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures.** Report Of The Co-Stewards Of The Private Standards E-Working Group to the March 2015 Meeting of the SPS Committee On Action 1 (G/SPS/55). Disponível em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/SPS/W283.pdf&Open=True. Acesso em 19 de maio de 2021.

[24] MAVROIDS, Petros C. e WOLFE, Robert. **Private standards and the WTO**: Reclusive no more. EUI Working Papers, European University Institute, RSCAS 2016/17.

São Vicente e Granadinas levantaram uma Preocupação Comercial Específica (PCE) contra exigências de importadores da UE em relação à exportação de bananas. Os requisitos agrícolas do *GlobalGAP* (na época conhecido como *EurepGap*) eram mais rígidos do que aqueles praticados pelo bloco europeu, tendo PCEs recebido apoio de países latinos como Argentina, Equador, Jamaica, México e Peru.[25]

Realizaram-se sessões informais previamente à reunião do Comitê de SPS em 2006 e 2007 com a participação de representantes de distintos padrões privados. Países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo notificaram algumas PCEs ao Comitê, dentre as quais se destacam a inclusão de questões sociais e ambientais nos padrões, a forma como a OMC trataria a questão dos padrões privados, se esses padrões de mercado precisam ser baseados em ciência, os custos que eles trazem aos exportadores e o fato de que eles podem criar barreiras desleais ao comércio internacional.[26-27]

Fruto das discussões pretéritas, em 2008 foi criado um grupo de trabalho *ad hoc* no âmbito do Comitê de SPS para aprofundar e buscar endereçar a questão dos padrões privados na esfera da OMC. Em março de 2011, o Comitê aprovou uma agenda contendo cinco ações, a saber:

> **"Ação 1**: O Comitê do Acordo SPS deveria desenvolver uma definição para padrões privados SPS e limitar discussões relacionadas a este conceito;
>
> **Ação 2:** O Comitê do Acordo SPS deveria informar regularmente o Codex, OIE e CIPV sobre os desenvolvimentos relevantes na consideração do SPS relacionados aos padrões privados e deveria convidar essas organizações para igualmente informar regularmente o Comitê sobre os desenvolvimentos relevantes das suas respectivas organizações;

[25] Cf. OMC, G/SPS/GEN/764, 2007.

[26] LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. Padrões privados e responsabilidade do Estado na OMC. In: MAILLART, Adriana Silva (coord.). **Direito do Comércio Internacional**: atualidades e tendências. Curitiba, Juruá, 2015, p. 165.

[27] Em resposta, a União Europeia recomendou que os países exportadores conversassem diretamente com as certificadoras privadas sobre as dificuldades que estavam enfrentando. Na ocasião, a Argentina afirmou, com propriedade, que tal posição implicaria em desperdício de vários anos de negociação multilateral na OMC acerca dos padrões aplicáveis ao comércio (Cf. OMC, G/SPS/GEN/764, 2007).

> **Ação 3:** O Comitê SPS convida o Secretariado a informar o Comitê sobre discussões em outros fóruns da OMC que poderiam ser relevantes para o debate;
>
> **Ação 4:** Membros são encorajados a se comunicar com entidades envolvidas nos padrões privados relacionados ao SPS para sintetizá-los nas questões levantadas pelo Comitê do Acordo SPS e enfatizar a importância de padrões internacionais estabelecidos pelo Codex, OIE e CIPV;
>
> **Ação 5:** O Comitê do Acordo SPS deveria explorar a possibilidade de trabalhar com o Codex, OIE e CIPV para apoiar o desenvolvimento e/ou disseminação de informações e material destacando a importância de padrões internacionais."[28]

Dado o escopo do presente trabalho, cabe destacar o conteúdo da Ação 4, por meio da qual o Comitê recomendou que os Membros deveriam estabelecer uma comunicação com as entidades que elaboram e aplicam os padrões privados, além de estimularem a harmonização, o reconhecimento mútuo de padrões privados pelas certificadoras, a redução de custos nas áreas de conformidade e certificação e a maior transparência e mecanismos de consulta.[29] A harmonização dos padrões será novamente

---

[28] Action 1: The SPS Committee should develop a working definition of SPS-related private standards and limit any discussions to these.

Action 2: The SPS Committee should regularly inform the Codex, OIE and IPPC regarding relevant developments in its consideration of SPS-related private standards, and should invite these organizations to likewise regularly inform the SPS Committee of relevant developments in their respective bodies.

Action 3: The SPS Committee invites the Secretariat to inform the Committee on developments in other WTO fora which could be of relevance for its discussions on SPS-related private standards.

Action 4: Members are encouraged to communicate with entities involved in SPS-related private standards in their territories to sensitize them to the issues raised in the SPS Committee and underline the importance of international standards established by the Codex, OIE and IPPC.

Action 5: The SPS Committee should explore the possibility of working with the Codex, OIE and IPPC to support the development and/or dissemination of informative materials underlining the importance of international SPS standards (G/SPS/55, Action Regarding SPS-Related Private Standards. 6, April 2011).

[29] 12. Given the multitude and diverse nature of entities involved in private SPS standards such as retail firms, producers, certifiers and NGOs, Member governments may be best placed to communicate with such entities as necessary. Such communication could be achieved through meetings or other means and encourage harmonization, mutual recognition of standards by private standard holders, cost reduction in the areas of compliance and certification, and further transparency and consultation mechanisms. It would also help Members build an understanding of the extent and functions of SPS-related private standards. One limitation that has been identified is that for some developing countries, such meetings might encompass only producers and exporters facing private SPS standards in their export markets and not those setting and applying such standards.

abordada no capítulo 4, a fim de se esclarecer se o tema poderia ser considerado um entrave, na perspectiva dos esquemas privados de certificação, para o avanço de uma regulamentação na OMC.

Ainda sobre as discussões no âmbito do grupo de trabalho, é válido pontuar que os Membros não chegaram a um consenso sobre outras sete ações, as quais seriam extremamente relevantes para um melhor endereçamento do assunto. Dentre estas vale citar as seguintes: a criação de um fórum para questões comerciais específicas relacionadas a padrões privados, o desenvolvimento de um mecanismo de transparência para padrões privados que inclua maior oportunidade para fornecer informações sobre o seu desenvolvimento e o estabelecimento de um "Código de Boas Práticas" separado para padrões privados.[30]

Além de nenhuma dessas ações sequer ter sido novamente discutida pelos Membros, mais adiante, em 2015, os países decidiram interromper os trabalhos do grupo que buscava definir padrões privados relacionados a medidas SPS - a primeira e mais simples ação proposta - após concluírem que não chegariam a um consenso. No entanto, segundo notícia do próprio site da OMC, a maioria dos Membros apoiava a definição sugerida, tendo sido os países desenvolvidos aqueles que indicaram que não poderiam apoiar tal definição, pois isso implicaria dizer que os padrões privados são abarcados pelo Acordo SPS[31] - e dessa forma, os Membros poderiam ser responsabilizados por eles.

Apesar da crescente importância do problema, verificou-se pouco ou nenhum progresso nas negociações no âmbito multilateral envolvendo padrões privados, o que para Tang e Lima deve-se a uma pressão política organizada.[32] Em continuidade, os autores ponderam que, independentemente dos aspectos legais referentes aos padrões privados e o mandato da OMC, deve-se indagar o porquê e como as pressões políticas

[30] MAVROIDS, Petros C. e WOLFE, Robert. **Private standards and the WTO**: Reclusive no more. EUI Working Papers, European University Institute, RSCAS 2016/17.

[31] Notícia disponível em https://www.wto.org/english/news_e/news15_e/sps_26mar15_e.htm. "Food safety body agrees to e-working group ´time out´ on definition of private standards", 26/27 de março de 2015. Acesso em 19 de maio de 2021.

[32] TANG, Yi Shin; LIMA, Bruno Youssef Yunen Alves de. **Private Standards in the WTO:** A Multiple Streams Analysis of Resisting Forces in Multilateral Trade Negotiations. Contexto int., Rio de Janeiro, v. 41, n. 3 p. 501-527, Dec. 2019.

dentro do sistema multilateral de comércio podem ter efetivamente mantido os padrões privados fora da Organização.[33]

Nesse sentido, os próximos capítulos buscarão trazer contribuições para esse questionamento, afunilando-se para uma discussão sobre em que medida haveria uma resistência especificamente da UE, bloco que majoritariamente comporta países desenvolvidos e que tem ampla interface com os padrões de mercado.

## 4. O mercado dos esquemas de certificações

O presente capítulo se dedicará ao mercado dos esquemas de certificações. Especificamente, no subitem 3.1, falaremos sobre os padrões de mercado de forma geral, ilustrando a competição entre eles, e sobre a proliferação de padrões com requisitos semelhantes decorrentes dessa competição. Buscando analisar se a harmonização desses padrões seria uma das questões pelas quais as certificadoras não apoiariam uma regulamentação multilateral sobre o tema, trataremos no subitem 3.2 das iniciativas de harmonização postas em prática pelos próprios atores privados. Já no subitem 3.3, a análise será direcionada especificamente à UE, de modo que serão apresentados dados sobre o uso e a elaboração de padrões de mercado no bloco, bem como sobre a percepção dos membros da OMC em relação a esse contexto.

Assim, neste capítulo, serão apresentados elementos para testar a primeira hipótese, qual seja, verificar se há – e porque haveria - uma pressão na UE, feita pelas certificadoras, para que esta não apoie uma regulamentação na OMC sobre padrões de mercado.

### 4.1. Proliferação e competição

Os padrões de mercado têm se proliferado cada vez mais, em especial nos últimos vinte anos. De acordo com a plataforma do *International Trade Centre* (ITC)

[33] Idem Ibidrm.

nomeada *Standards Map*[34], atualmente existem mais de 200 esquemas privados com grande atuação internacional.

A multiplicação de padrões pode gerar um contexto de disputa por participação de mercado[35] - tais padrões acabam competindo pela adoção pelos produtores, pelo reconhecimento pelos compradores e por legitimidade.[36] Inclusive, a ampliação da participação de grandes instituições financeiras, empresas e indústrias que se envolvem nesse mercado contribui para o aumento da competição.[37] Para ilustrar esse contexto, T.M. Smith e M. Fischlein trazem como exemplo o mercado de compensação de carbono, no qual dois padrões, que representam aproximadamente 60% desse mercado, competem entre si: o *Gold Standard* e o *Voluntary Carbon Standard* (VCS).[38]

O *Gold Standard* (TGS) foi criado em 2003 por uma série de organizações não governamentais no Reino Unido, tais como o Fundo Mundial para a Natureza[39] e o *SouthSouthNorth*.[40] A certificação *Gold Standard* segue os mecanismos existentes no Protocolo de Kyoto e fomenta projetos que contribuem para o desenvolvimento sustentável.[41]

---

[34]Disponível em: https://standardsmap.org/standards?q=eyJzZWxlY3RlZENsaWVudCI6Ik5PIEFGRklMSUFUSU9OIiwicHJpdmF0ZSI6dHJ1ZX0%3D. Acesso em 8 de maio de 2021. A Plataforma abrange tanto padrões voluntários estatais quanto privados, mas é possível separá-los nas pesquisas no site. O número indicado se refere apenas aos padrões privados.

[35] LAMBIN, Eric & THORLAKSON, Tannis. (2018). **Sustainability Standards**: Interactions Between Private Actors, Civil Society, and Governments. Annual Review of Environment and Resources. 43. 10.1146/annurev-environ-102017-025931.

[36] BITZER V., FRANCKEN M, GLASBERGEN P. (2008). **Intersectoral partnerships for a sustainable coffee chain**: Really addressing sustainability or just picking (coffee) cherries? Glob. Environ. Change 18(2):271–84.

[37] SMITH, Timothy & FISCHLEIN, Miriam. (2010). **Rival Private Governance Networks:** Competing to Define the Rules of Sustainability Performance. Global Environmental Change. 20. 511-522. 10.1016/j.gloenvcha.2010.03.006.

[38] Idem.

[39] O Fundo Mundial para a Natureza (em inglês World Wildlife Fund – WWF, atualmente chamada de World World Wide Fund for Nature) é uma organização não governamental internacional, criada em 1961, que atua na área da conservação da natureza e de recursos naturais (vide https://www.worldwildlife.org/about).

[40] A SSN – SoutrSouthNorth é uma organização não governamental, criada em 1999, apoio respostas nacional e internacionais relacionadas à mudança climática, promovendo a troca de informações e conhecimento. (https://southsouthnorth.org/).

[41] Idem Ibidrm.

Como resultado da crescente demanda por créditos de carbono comercializáveis, e tendo em vista a não participação de organizações governamentais na governança do *Gold Standard*, o *Climate Group* do Reino Unido, em 2005, deu início a um sistema que competiria com o *Gold Standard*, o VCS.[42] A Associação Internacional de Comércio de Emissões e o Fórum Econômico Mundial criaram o programa no intuito de reduzir os valores operacionais até então colocados em prática pelo TGS.[43]

Embora relativamente novo, o VCS conseguiu alcançar uma participação significativa no mercado, certificando mais de 50 projetos em 2008 e abarcando quase 50% do mercado de compensação voluntária.[44] Diante da rápida expansão do VCS, o *Gold Standard* resolveu introduzir uma nova versão de seu padrão. A nova versão não trouxe mudanças significativas em termos de metodologia, mas, em realidade, apenas buscou simplificar os procedimentos utilizados até então e reduzir os custos[45], numa tentativa de retomar do VCS o mercado de compensação de carbono. Vale pontuar que poucos meses após este anúncio do TGS, o VCS, em resposta, anunciou sua própria atualização[46], o que ilustra esse "cabo de guerra" entre as certificadoras para se estabelecer no mercado.

Outra estratégia utilizada pelas certificadoras para ganhar mercado e competitividade é projetar esquemas de certificação amplos, isto é, abordar tanto questões ambientais, como é o caso da compensação de carbono, como questões sociais, relacionadas ao respeito aos direitos humanos.[47] Isso ocorreu com o *Fair Trade*[48] e com

---

[42] Idem Ibidrm.

[43] SMITH, Timothy & FISCHLEIN, Miriam. (2010). **Rival Private Governance Networks:** Competing to Define the Rules of Sustainability Performance. Global Environmental Change.

[44] KOLLMUSS, A., ZINK, H., POLYCARP, C., 2008b. **Making sense of the voluntary carbon market**: A comparison of carbon offset standards. Report, March 2008. Frank- furt, Germany: WWF Germany.

[45] SMITH, Timothy & FISCHLEIN, Miriam. (2010). **Rival Private Governance Networks:** Competing to Define the Rules of Sustainability Performance. Global Environmental Change.

[46] Idem Ibidrm.

[47] REINECKE J, MANNING S, VON HAGEN O. (2012). **The emergence of a standards market**: multiplicity of sustainability standards in the global coffee industry. Organ. Stud. 33(5–6):791–814).

[48] A Fair Trade International é um sistema de certificação e rotulagem administrado pela Fairtrade International, uma associação multilateral sem fins lucrativos composta por 24 organizações, que é responsável pela auditoria de produtos em toda a cadeia de suprimentos, desde o produtor, o comerciante até o produto final (https://connectamericas.com/pt/content/o-que-%C3%A9-certifica%C3%A7%C3%A3o-fairtrade-e-como-ela-%C3%A9-obtida). Acesso em 19 d emaio de 2021.

a *Rainforest Alliance*.[49] Inicialmente, o *Fair Trade* focava em questões sociais e a *Rainforest* em questões ambientais e agora ambos focam nos dois eixos.[50]

Além disso, como colocado por T.M. Smith e M. Fischlein, quando um produtor se sente prejudicado na sua capacidade competitiva diante de um padrão privado de sustentabilidade, é provável que crie sua própria certificação[51], o que chama a atenção para o fato de que este produtor, em princípio, está elaborando uma certificação não necessariamente porque quer prestigiar questões de sustentabilidade, mas sim, porque não quer perder seu mercado.

Nesse sentido, verifica-se que, acréscimos, revisões e atualizações nos padrões são feitos com o intuito de aumentar a participação de determinado esquema de certificação no mercado, de obter acesso a novos recursos e até mesmo de receber endosso ou de ser incluído em políticas governamentais e outros mercados[52], o que *a priori* não apresenta problemas. Porém há de se notar um efeito prejudicial dessa situação, qual seja, o risco da proliferação de padrões com requisitos semelhantes e exigidos ao mesmo tempo, o que acaba por onerar os adquirentes dessas certificações.[53]

### 4.2. Iniciativas privadas de harmonização

Em busca de reduzir tais encargos advindos da multiplicação de padrões de mercado, iniciativas de harmonização desses padrões foram propostas no âmbito da OMC, como ressaltado no capítulo 2. Tal harmonização, na prática, promoveria uma redução do número de padrões que buscam atestar requisitos semelhantes e

[49] A Rainforest Alliance é uma organização não governamental internacional de certificação, sediada em New York e Amsterdam, que fornece selo de certificação sustentável a produtos agrícolas (https://www.rainforest-alliance.org/business/). Acesso em 19 d emaio de 2021.

[50] Idem Ibidrm.

[51] SMITH, Timothy & FISCHLEIN, Miriam. (2010). **Rival Private Governance Networks:** Competing to Define the Rules of Sustainability Performance. Global Environmental Change.

[53] TANG, Yi Shin; LIMA, Bruno Youssef Yunen Alves de. **Private Standards in the WTO:** A Multiple Streams Analysis of Resisting Forces in Multilateral Trade Negotiations. Contexto int., Rio de Janeiro , v. 41,n. 3 p. 501-527, Dec. 2019.

consequentemente reduziriam a necessidade de muitas certificações no mercado dos padrões.

Ademais, alguns grupos buscaram, e de fato estabeleceram, mecanismos para harmonizar os padrões de mercado. A exemplo dessas iniciativas tem-se o *Global Food Safety Initiative* (GFSI), que tem como objetivo promover a convergência entre os padrões de segurança de alimentos por meio de um processo de *benchmarking*.[54] Esquemas como o *Brand Reputation through Compliance* (BRC), *International Food Standard* (IFS), *Safe Quality Food Standards* (SQF), *Global GAP*, entre outros, foram comparados e reconhecidos pelo GFSI, o que, na prática, significa que esses padrões são considerados equivalentes e os fornecedores precisam estar em conformidade com apenas um desses padrões para serem aceitos.[55]

Outra iniciativa que buscou promover a harmonização de padrões é a *International Social and Environmental Accreditation and Labelling Alliance* (ISEAL) .[56] Criada em 2002 por organizações como *Forest Stewardship Council* (FSC), *International Federation of Organic Agriculture Movements* (IFOAM), *Fairtrade* e *Rainforest Alliance*, a ISEAL busca estabelecer melhores práticas no âmbito dos padrões de sustentabilidade. Para tanto, lançou três Códigos de Conduta[57] que fornecem procedimentos sobre como os sistemas de padrões podem efetivamente medir e evidenciar a sua contribuição para os impactos sociais e ambientais.[58]

Apesar dos esforços, Thorstensen et al. alertam que parte dos projetos da ISEAL progrediram muito lentamente e foram menos eficazes do que o esperado.[59] Ainda, as autoras indicam que a cooperação dentro da ISEAL acabou não gerando

[54]VON HAGEN, Oliver and ALVAREZ, Gabriela. **The Interplay of Public and Private Standards:** Literature Review Series on the Impacts of Private Standards, Part III (January 1, 2012). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2184293 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2184293, acesso em 19 de maio de 2021.

[55]Idem Ibidrm.

[56]Idem Ibidrm.

[57] Códigos de Boas Práticas (2004), o Código de Impactos ISEAL (2010) e o Código de Garantia ISEAL (2012).

[58] THORSTENSEN, Vera. VIEIRA, Andreia Costa. **Private Standards or Market Standards in search for legitimacy in the International Trading System**, FGV EESP/CGCI Papers, 2015. Acesso em 16 de maio de 2021.

[59] Idem Ibidrm.

projetos concretos e bem-sucedidos.[60] É importante mencionar também que apenas 27 esquemas[61] são membros plenos da ISEAL, um número bastante baixo se comparado com a quantidade de atores privados que criam padrões atualmente.[62]

Tal cenário é resultado da falta de incentivos para que os padrões privados se engajem na harmonização, tendo em vista que as certificadoras buscam diferenciar os produtos dos concorrentes[63] e, dessa forma, preferem manter um mercado com múltiplos padrões.

Isso foi inclusive ressaltado pelos Membros da OMC no relatório *Effects Of SPS-Related Private Standards*[64], circulado na Organização em dezembro de 2009 - o qual será novamente abordado no subitem a seguir. A maioria dos respondentes indicou que a existência de "marcas" de padrões de mercado seria um obstáculo à tão necessária harmonização e, além disso, que a equivalência que se busca estabelecer entre eles, na realidade, refere-se ao processo de elaboração e não ao resultado do padrão, isto é, seus vários requisitos.

Assim, nota-se que, a princípio, as iniciativas de harmonização promovidas pelos próprios atores privados não têm sido efetivas, pois como visto, não há incentivos reais para que os esquemas de certificação se engajem para uma redução da multiplicação desses padrões. Dessa forma, uma previsão sobre harmonização de padrões de mercado no mandato da OMC poderia sim representar uma ameaça às certificadoras, haja vista que teriam aspecto de *hard law*, diferentemente de tais iniciativas privadas.

---

[60] Idem Ibidrm.

[61] https://www.isealalliance.org/iseal-community-members. Acesso em 10 de maio de 2021.

[62] YNAIKI, Yoshiko. (2020). **Meta-Regulation of Private Standards:** The Role of Regional and International Organizations in Comparison with the WTO. World Trade Review. 20. 1-24.

[63] VON HAGEN, Oliver and ALVAREZ, Gabriela. **The Interplay of Public and Private Standards:** Literature Review Series on the Impacts of Private Standards, Part III (January 1, 2012). Disponível em: SSRN: https://ssrn.com/abstract=2184293 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2184293.Acesso em 16 de maio de 2021.

[64] Disponível em: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=97312&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=1&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em 9 de maio de 2021.

### 4.3. A relação com a União Europeia

Desloca-se agora do espectro global dos padrões de mercado para uma análise específica da sua relação com a UE, tendo como objetivo analisar a participação desses esquemas voluntários no bloco - e vice-versa - e a consequência disso para a discussão proposta neste artigo.

Os países membros da UE respondem por cerca de 90% do consumo mundial de produtos certificados[65] e aparecem nos inventários da Comissão Europeia como principais instituidores de padrões privados.[66] Ademais, de acordo com o *Sustainability Map*, de 223 padrões privados verificados pela plataforma, 138 têm como origem a Europa.[67]

A presença europeia no âmbito dos padrões de mercado também pôde ser auferida por meio do relatório *Effects Of SPS-Related Private Standards*.[68] No contexto do trabalho do Comitê SPS sobre padrões privados, o Secretariado distribuiu um questionário, em 5 de dezembro de 2008, para avaliar a percepção dos Membros sobre o tema. Foi recebido um total de 40 respostas de 22 países, que foram compiladas nesse documento.

Os Membros foram questionados, por exemplo, sobre quais são os principais mercados para os quais exportam e que exigem padrões e, em resposta, indicaram Austrália, Canadá, Japão, Estados Unidos e os Estados-Membros da UE – todos países

[65] http://www.fao.org/fileadmin/templates/est/AG_MARKET_ANALYSIS/Standards/Private_standards___Trade_Liu_WTO_wkshp.pdf. Acesso em 16 de maio de 2021.

[66] EUROPEAN COMMISSION. Private Food Standards and their Impacts on Developing Countries. [s.l.]: European Commission, DG Trade Unit G2, 2006. Apud AMARAL, Manuela. **"Protecionismo privado":** a atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional. Contexto int., Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 201-228, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292014000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 19 maio 2021.

[67] https://standardsmap.org/ Acesso em 8 de maio 2021- Dentro desses 132 são contabilizadas outras regiões origens, tendo em vista que alguns padrões são multinacionais.

[68] WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO. **Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures.** Effects of SPS-Related Private Standards – Compilation of Replies (G/SPS/GEN/932/Rev.1). 10 de dezembro de 2009. Disponível em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=97312&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=1&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True. Acesso em 9 de maio de 2021.

desenvolvidos. Alemanha, Itália, Holanda, Espanha, Suécia e Reino Unido foram os mais referidos dentre os países europeus.

Outro ponto do relatório que evidencia a participação europeia no contexto dos padrões privados está contido no Anexo II do relatório, o qual contempla, em forma de tabela, as respostas dos Membros sobre os principais produtos afetados, mercados de exportação, entidade aplicadora do padrão e a descrição do padrão. As linhas dessa tabela são contabilizadas por categoria de produto afetado em cada país. De um total de 40 linhas, 33 fazem menção à UE como mercado de exportação ou como sede da entidade que impõe o padrão privado.

Vale destacar que o que mais aparece nessa lista de padrões é o *GlobalGAP*, que, até 2007, era conhecido como *EurepGap*. A iniciativa foi criada em 1997 por varejistas que formavam o *Euro-Retailer Produce Working Group*, com o foco de auxiliar produtores a cumprirem com os requisitos europeus de segurança dos alimentos, métodos de produção sustentáveis, bem-estar dos trabalhadores e dos animais, uso responsável da água etc.[69]

Em documento elaborado pelo Ministério da Agricultura e Reforma Agrária da Síria em parceria com a *Food and Agriculture Organization of the United Nations* (FAO), foi mencionado que o EurepGap seria uma das poucas organizações de padronização com presença global com um "alto nível de independência política e financeira do setor público, bem como da influência individual dos membros".[70] Contrariamente a esta afirmação, Havinga (2017) pontua que a Holanda chegou a financiar uma campanha de promoção para o *EurepGap*. Adicionalmente, Lockie et al. (2013) salientam que, desde sua criação, o *GlobalGAP* buscou conscientemente trabalhar em conjunto com o arcabouço jurídico dos países nos quais seus membros e produtores

[69] https://www.globalgap.org/uk_en/who-we-are/about-us/history/#:~:text=History,GLOBALG.,Euro%2DRetailer%20Produce%20Working%20Group.&text=standard%2C%20EUREPGAP%20changed%20its%20name%20to%20GLOBALG. Acesso em 10 de maio de 2021.

[70] Tradução nossa "EUREPGAP is one of the very few globally operating standardization organizations that enjoy a high level of political and financial independence from the public sector as well as from individual member influence and shareholder agendas" https://ageconsearch.umn.edu/record/48602/files/26_pol_brf_eurepgap_hb_en.pdf. Acesso em 10 de maio de 2021.

estão localizados, o que poderia ser verificado principalmente nos padrões *GlobalGAP* de proteção ambiental e saúde e segurança ocupacional.[71]

Nesse contexto, é interessante observar que não consta na tabela do Anexo II mencionada acima qualquer preocupação da UE advinda dos padrões de mercado, apenas havendo menção de que o bloco teria feito "observações gerais" sobre o tema. Amaral ainda pontua que a UE alegou que "não podia questionar esses padrões, na medida em que não conflitavam com a legislação europeia".[72] Por outro lado, Mavroids e Wolf salientam que os próprios produtores europeus já se queixaram das dificuldades causadas pelos padrões de mercado, tais como a existência de contradição entre eles e a falta de harmonização[73], o que deveria fazer com que a UE, representante de seus nacionais na OMC, levasse tal preocupação à Organização. No entanto, como já foi possível esclarecer no decorrer deste subitem e, como reforçado pelos dois autores, muitos desses padrões têm origem na UE e, por esse motivo, o bloco não teria um grande interesse em endereçar as consequências negativas das certificações privadas.[74]

## 5. Padrões de mercado como instrumentos dos Estados

Este capítulo trará elementos para testar a segunda hipótese proposta, qual seja, que a UE utiliza as certificações privadas como instrumentos para aplicar suas regulações.

O subitem 4.1 endereçará o contexto político e jurídico do reconhecimento de padrões privados pela UE, analisando-se em que medida o bloco utiliza esquemas de

[71] https://www.researchgate.net/publication/258311615_Private_Food_Standards_as_Responsive_Regulation_The_Role_of_National_Legislation_in_the_Implementation_and_Evolution_of_GLOBALGAP. Acesso em 10 de maio de 2021.

[72] AMARAL, Manuela. **"Protecionismo privado":** a atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional. Contexto int., Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 201-228, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292014000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 19 maio 2021.

[73] MAVROIDS, Petros C. e WOLFE, Robert. **Private standards and the WTO**: Reclusive no more. EUI Working Papers, European University Institute, RSCAS 2016/17. Acesso em 19 maio 2021.

[74] Idem Ibidrm.

certificação como instrumentos indiretos de regulação. Já o subitem 4.2 tratará de um caso prático da política europeia de sustentabilidade envolvendo os biocombustíveis.

## 5.1. Reconhecimento de padrões de mercado pelos estados

Após realizar um panorama do mercado das certificadoras e suas correspondentes iniciativas de harmonização, o artigo direcionará a análise para o contexto jurídico e político na UE relativamente aos padrões privados.

Inicialmente, importante traçar um histórico de como a UE passou a reconhecer os padrões de mercado. Na década de 1990 houve uma mudança substancial na política europeia em relação à segurança dos alimentos.[75] O bloco passou a editar atos normativos como o *Food Security Act*, o qual determinou que varejistas e atacadistas poderiam ser responsabilizados pela segurança do produto comercializado ainda que o problema tivesse surgido em outro momento da cadeia produtiva.[76]

A *General Food Law*, editada em 2002, evoluiu esse racional e passou a prever que o ator privado não só estaria em melhor posição para elaborar um sistema que garantisse a segurança dos alimentos, como também deveria ser legalmente exigido nesse sentido.[77] Diante desse contexto, empresas foram compulsoriamente levadas a gerenciar suas cadeias de fornecimento para resguardar sua reputação e implementar essa forma de governança[78], utilizando-se de padrões para assim fazê-lo. Amaral também nota que, diante da forte pressão dos consumidores, outros requisitos além da segurança dos

[75] AMARAL, Manuela. **"Protecionismo privado":** a atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional. Contexto int., Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 201-228, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292014000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 19 maio 2021.

[76] Idem Ibidrm.

[77] (CEC 2002). Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.2040-0209.2012.00403.x

[78] AMARAL, Manuela. **"Protecionismo privado":** a atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional. Contexto int., Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 201-228, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292014000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 19 maio 2021.

alimentos adentraram na agenda dos padrões privados, tais como condições sociais e ambientais relacionadas à produção.[79]

Como pontuado por Wouters, Marx e Hachez, os padrões privados podem de fato constituir um mecanismo interessante para os governos, de modo que estes os utilizam para atingir determinados objetivos políticos e para promover mudanças almejadas sem a "carga regulatória" de uma lei, ou, no caso da UE, de uma Diretiva.[80] Havinga e Lima acrescentam que os padrões também podem ser de interesse estatal, uma vez que os países não podem exceder sua jurisdição ao regular e por vezes buscam reger condutas fora de suas fronteiras; ou, ainda, para ocasiões em que a legislação nacional não seja politicamente desejável.[81-82] Por essas razões, os Estados acabam apoiando as iniciativas de certificação, facilitando ou promovendo a disseminação de padrões privados por meio de financiamentos, campanhas, assistência administrativa para entrar em conformidade com os esquemas e até mesmo por um expresso e público apoio.[83]

Para demonstrar esse cenário, cumpre mencionar uma comunicação enviada em 2009 pela Comissão Europeia ao Conselho Europeu, ao Parlamento Europeu e ao Comitê Econômico e Social Europeu sobre o *Fair Trade* e sobre outros "esquemas não governamentais de garantia de sustentabilidade relacionados ao comércio".[84] Na mensagem, a CE reconhece a contribuição desses esquemas para o desenvolvimento sustentável e enfatiza que irá "continuar a financiar o *Fair Trade* e outras atividades relacionadas ao comércio sustentável".[85] Além disso, a Comissão ressalta a importância

---

[79] Idem Ibidrm.

[80] WOUTERS, Jan & MAR, Axel & HACHEZ, Nicolas. (2009). **Private Standards, Global Governance and Transatlantic Cooperation:** The Case of Global Food Safety Governance. Disponível em https://ghum.kuleuven.be/ggs/research/biosafety_biodiversity/publications/wouters-marx-hachez_final.pdf. Acesso em 19 maio 2021.

[81] HAVINGA, Tetty. (2017). **Private Food Safety Standards in the EU**. Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series, no 2017/01. Nijmegen: Radboud University Nijmegen.

[82] LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. **Padrões privados na Organização Mundial do Comércio:** limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

[83] HAVINGA, Tetty. (2017). **Private Food Safety Standards in the EU**. Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series, no 2017/01. Nijmegen: Radboud University Nijmegen.

[84] **European Commission. Contributing to Sustainable Development:** The role of Fair Trade and nongovernmental trade-related sustainability assurance schemes, COM(2009) 215 final, 2009 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52009DC0215 Acesso em 19 maio 2021

[85] Idem Ibidrm.

de "manter a natureza não governamental do *Fair Trade* e de outros esquemas de sustentabilidade semelhantes em toda a UE", sem indicar uma razão para isso.[86]

O item 4.2. da carta se refere especificamente à relação dos esquemas de certificação com a OMC e menciona que tais iniciativas privadas e voluntárias não são discriminatórias, portanto, estariam em conformidade com os princípios do sistema multilateral de comércio.[87] Ainda, menciona que qualquer regulamentação referente a esses esquemas de certificação precisaria levar em conta as obrigações previstas na OMC, em particular no que tange à transparência e a não discriminação.[88] Não obstante, a CE deixa explícito que ela própria não considera que deve regular os padrões de mercado, bem como que não recomenda de forma geral uma regulamentação dos padrões de mercado, afirmando que qualquer intervenção governamental ou mecanismos regulatórios relativos a tais esquemas de certificação limitariam seu dinamismo e poderiam impedir o seu desenvolvimento.[89]

Ao manter tais esquemas como organizações não governamentais e sem uma regulação específica que delimite sua definição e escopo, os países da UE conseguem alcançar aqueles objetivos mencionados no início deste subitem, tais como promover mudanças almejadas sem a "carga regulatória" e atingir outros atores fora de sua jurisdição, sobretudo quando não se tem na própria OMC uma interpretação consensual de "organização não governamental".

Seguindo esse racional, Lima (2016) aponta que os países, em realidade, têm transferido para organismos privados objetivos que *a priori* seriam objeto de regulamentações públicas, o que vem ocorrendo na UE com, por exemplo, conservação da biodiversidade e emissões de Gases de Efeito Estufa (GEEs). A UE repassa seu papel a entes privados ao reconhecer o cumprimento de um padrão privado como meio para garantir que os critérios de sustentabilidade foram cumpridos e para determinar se um

[86] Idem Ibidrm.
[87] Idem Ibidrm
[88] Idem Ibidrm
[89] Idem Ibidrm

biocombustível, no caso, enquadra-se em metas comunitárias de consumo de energias renováveis, tema a ser discutido a seguir.

### 5.2. O caso dos biocombustíveis

A multiplicação de padrões privados criados para atestar a produção sustentável de biocombustíveis ganhou força com a adoção de determinadas normas sobre o assunto, notadamente na UE. A Diretiva de Energia Renovável (RED) (Diretiva 2009/28/CE) estabeleceu que, até 2020, 20% do total da energia utilizada e 10% do consumo de combustíveis no setor de transportes em todos os estados membros teriam que ser oriundos de renováveis. Além disso, a RED também determinou critérios de sustentabilidade aplicáveis tanto a operadores internos quanto estrangeiros.[90]

Concomitantemente, a UE estabeleceu a *Fuel Quality Directive* (FQD) (Diretiva 2009/30/CE), a qual prevê algumas especificações técnicas para motores e veículos relacionadas a questões ambientais, regras e padrões de qualidade dos biocombustíveis, bem como critérios de sustentabilidade relacionados ao cálculo das emissões de GEEs advindas dos biocombustíveis, incluindo os efeitos indiretos do uso da terra (*indirect land use changes* – iLUC).

O iLUC foi objeto de grande debate, pois não se sabia como o defin nem quais elementos seriam utilizados para atestar que um biocombustível teria baixo risco de mudanças indiretas do uso da terra. Dessa forma, a Comissão Europeia passou a contratar consultorias privadas (como, por exemplo, *Ecofys* e *MEO Carbon Solutions*) para realizar estudos científicos nesse sentido.[91] A *Ecofys* e a *WWF International*, em parceria com a *Roundtable of Sustainable Biofuels* (RSB), publicaram em 2012 o estudo *Low Indirect*

[90] LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. **Padrões privados na Organização Mundial do Comércio:** limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

[91] Idem Ibidrm.

*Impact Biofuel* (LIIB) *Methodology* que elaborou uma metodologia para sanear a questão, estabelecendo critérios para diferenciar biocombustíveis com menor risco de iLUC.[92]

É exatamente o ponto levantado por Lima, *i.e*., uma consultoria (Ecofys) e uma ONG (*WWF International*), em conjunto com um dos esquemas de certificação expressamente reconhecidos pela Comissão Europeia (RSB), criaram uma metodologia que serviria de base para uma regulamentação da UE sobre um tema que é objeto dos padrões criados por este esquema de certificação.

Cumpre ressaltar que a RED (Diretiva 2009/28/EC) não fornece um mecanismo formal para que o produtor comprove o cumprimento dos requisitos que são exigidos. Na realidade, a segunda parte do artigo 18.4 da RED prevê que o cumprimento desses requisitos de sustentabilidade poderia ser cumprido por meio de regimes ou esquemas de padronização voluntários nacionais ou internacionais, que seriam reconhecidos pela CE:

> "A Comissão pode decidir que os regimes voluntários nacionais ou internacionais que estabelecem normas para a produção de produtos de biomassa contêm dados precisos para efeitos do Artigo 17(2) ou demonstram que os lotes de biocombustíveis cumprem os critérios de sustentabilidade previstos no Artigo 17(3) a (5). (...)."[93]

Além da RSB, a Comissão Europeia hoje já reconhece 18 (dezoito) esquemas voluntários de certificação, tais como a *International Sustainability & Carbon Certification*, Bonsucro EU e *Round Table on Responsible Soy* (RTRS)[94], os quais são utilizados como instrumentos para cumprimento dessas Diretivas.

---

[92] ECOFYS; EPFL; WWF International. **Low Indirect Impact Biofuel (LIIB) Methodology**. Version 0, July 2012. Disponível em: < http://www.globalbioenergy.org/uploads/media/1207_Ecofys_EPFL_WWF_Internationa_-_Low_indirect_impact_biofuel_certification_module.pdf>. Acesso em: 15 de maio de 2021.

[93] Artigo 18.4, segunda parte, Diretiva 2009/28/EC.

[94] https://ec.europa.eu/energy/node/74#voluntary-schemes-for-the-period-after-2020. Acesso

Mais do que reconhecer esses padrões privados, a CE se comunica publicamente com eles. Em novembro de 2015, a Comissão enviou uma carta aos esquemas voluntários relacionados aos biocombustíveis intitulada *Implementation of the iLUC Directive and update of the template used for the assessment of voluntary*.[95] Embora a carta tenha apenas informado sobre as mudanças trazidas pela Diretiva EU 2015/1513 para o iLUC, é importante observar esse tipo de relacionamento, tendo em vista que a própria CE não oferece os mecanismos oficiais para o cumprimento de sua regulamentação, criando-se, na prática, um modelo de governança público-privada.[96]

Outro aspecto importante de ser mencionado é que, a despeito do caráter voluntário de tais certificações, a Comissão acabou delegando a esses esquemas a responsabilidade de estabelecer um mecanismo de controle do cumprimento dos requisitos exigidos pelos Estados-Membros da UE[97], tornando a obediência desses padrões indiretamente obrigatória. A Diretiva EU 1513/2015 inclusive deixa expresso o endosso da UE aos padrões de mercado e a subordinação que estes passaram a ter ao precisar reportar suas atividades à Comissão:

> "(24) Os regimes voluntários desempenham um papel cada vez mais importante, na medida em que demonstram a compatibilidade com os requisitos de sustentabilidade previstos nas Diretivas 98/70/CE e 2009/28/CE. É, por conseguinte, adequado atribuir à Comissão um mandato que lhe permita exigir aos regimes voluntários, inclusive os que já foram reconhecidos pela Comissão nos termos do Artigo 7c(6)

[95] https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/PAM%20to%20vs%20new%20assessment%20cycle.pdf. Acesso em: 15 de maio de 2021.

[96] LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. **Padrões privados na Organização Mundial do Comércio:** limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

[97] LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. **Padrões privados na Organização Mundial do Comércio:** limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

> da Diretiva 98/70/CE e do Artigo 18(6) da Diretiva 2009/28/CE, a apresentação regular de relatórios sobre as suas atividades."[98]

Nesse cenário, Lima chama a atenção para o fato de que as exigências de sustentabilidade direcionadas aos biocombustíveis estão contidas em normas de um Membro da OMC, mas a sua aplicação e verificação acaba sendo feita por meio de padrões de mercado elaborados por entes não-governamentais.[99] Assim, nota-se que os atores privados passam a ter relação direta com a aplicação de normas públicas, especialmente em matéria de sustentabilidade. Com isso, os padrões de mercado não só são diretamente influenciados - e influenciam - estas regulamentações, como acabam ampliando seu escopo, atingindo objetivos mais ambiciosos que muitas vezes não podem ser atingidos pelos atos governamentais.[100]

## 6. Conclusão

Apesar de não ser um debate novo tanto na academia quanto nos fóruns internacionais, os padrões de mercado continuam sem uma solução concreta. Permanecem gerando problemas para os exportadores diante de sua constante proliferação, da falta de clareza no processo de elaboração e da inexistência de um organismo que centralize as discussões sobre o tema e que permita um eventual questionamento. A bibliografia analisada indica que a estagnação desse assunto na OMC se daria principalmente pela falta de interesse político dos países desenvolvidos, porém aquela não aprofunda quais seriam esses países ou mesmo porque não haveria tal interesse.

---

[98] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32015L1513. Acesso em: 15 de maio de 2021 (Tradução nossa)

[99] LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. **Padrões privados na Organização Mundial do Comércio:** limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

[100] VANDENBERGH, Michael P. **Private Environmental Governance**. Public Law and Legal Theory. Working Paper 13-11. Chicago. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=2237515>. Acesso em 15 de maio de 2021.

Nesse contexto, a proposta desse artigo foi debater em que medida haveria uma resistência de um determinado Membro, no caso, da UE, em apoiar uma regulamentação desse tema na OMC. Sem aprofundar as discussões jurídicas relativas ao assunto, considerou-se como hipóteses uma eventual pressão dos esquemas de certificação, que não queriam reduzir seu mercado diante da possível harmonização proposta na Organização, bem como o fato de que a UE utiliza dos padrões de mercado como instrumentos para aplicar suas próprias legislações.

Relativamente à primeira hipótese, uma conclusão inicial tida nesta pesquisa foi a de que, como a Ação 4 aprovada pelo Comitê SPS buscava promover essa harmonização, esta poderia ser uma das razões pelas quais as certificadoras não aceitariam uma regulamentação do tema na Organização e, por conseguinte, poderiam ter pressionado a UE a barrar a proposta discutida. Posteriormente, verificou-se que algumas iniciativas privadas buscaram, e de fato estabeleceram, mecanismos para harmonizar os padrões de mercado, o que refutaria a premissa inicialmente considerada. No entanto, ao final, constatou-se que as iniciativas de harmonização, na realidade, não têm surtido o efeito desejado, isto é, não têm diminuído a proliferação de padrões com requisitos semelhantes. Como visto, os diversos esquemas que elaboram padrões competem entre si e almejam consolidar-se e ampliar sua atuação no mercado, razão pela qual uma harmonização não é de fato fomentada por eles.

Nesse sentido, percebe-se que uma regulação multilateral, ou seja, uma normativa obrigatória e oponível aos Membros da OMC que encorajasse a harmonização dos padrões de mercado ameaçaria os esquemas de certificação. Isso porque tal regulamentação teria mais *enforcement* do que as iniciativas privadas de harmonização que foram estabelecidas, exatamente porque estariam abarcadas pelo mandato da Organização.

Todavia, apesar de ser notório o poder de influência que as certificadoras com atuação global possuem[101], não foi possível comprovar uma relação direta entre esse

[101] LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. **Padrões privados na Organização Mundial do Comércio:** limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

contexto do mercado das certificadoras com uma pressão à UE para que o bloco resistisse a uma regulação do tema na OMC. Dessa forma, concluiu-se que a primeira hipótese foi em parte infirmada, embora pesquisas futuras possam contribuir para essa discussão.

No que tange à segunda hipótese, concluiu-se que ela foi confirmada. Como foi possível verificar, a UE de fato utiliza as certificadoras privadas como instrumentos para aplicar suas regulações, a exemplo do caso dos biocombustíveis. Ao fazer isso, a UE consegue promover mudanças almejadas em políticas públicas sem a mesma "carga regulatória" e "fiscalizatória", bem como atingir outros atores fora de sua jurisdição, *i.e.*, os exportadores.

Como resultado da representatividade dos esquemas de certificação na UE e da influência que esta possui na instituição desses padrões, ainda se constatou uma forte conexão entre o bloco e as certificadoras e, em última instância, até uma relação de interdependência entre eles.

Restou também confirmado que o bloco busca afastar os padrões de mercado de uma regulamentação de forma geral, indicando que isso limitaria o dinamismo desse novo sistema de governança e poderia impedir seu desenvolvimento. Além disso, ao frisar a importância de que tais esquemas de certificação permaneçam como organizações não governamentais e, ao mesmo tempo, optar por não correlacionar tal termo com uma definição de padrão privado na OMC, a UE demonstra que, embora utilize esses padrões como instrumentos, não quer ser responsabilizado por eles, o que ocorreria caso houvesse uma normativa multilateral sobre o tema.

Enquanto os padrões de mercado continuam se multiplicando, não há expectativa de avanços desse tema na agenda da Organização. Isso não só prejudicará exportadores, notadamente aqueles oriundos de países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, como contribuirá para um enfraquecimento do sistema multilateral de comércio, abrindo-se espaço para uma descentralização regulatória. De fato, há que se questionar se a OMC seria foro adequado para abrigar tal discussão, por se tratar de tema eminentemente privado, ou mesmo se seria o caso de centralizar a governança em um novo organismo internacional capaz de harmonizar e dar unidade à diversidade e à complexidade dos interesses que envolvem os padrões de mercado.

Também há espaço para um maior protagonismo dos Estados e demais *steakholders* privados do eixo sul-sul nessa seara (numa atuação similar a dos BRICS – bloco formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), como um contraponto à atuação dos países desenvolvidos, tema rico a ser explorado por estudos e pesquisas futuros.

**Referências bibliográficas**

AMARAL, Manuela. **"Protecionismo privado":** a atuação da sociedade civil na regulação do comércio internacional. *Contexto int.*, Rio de Janeiro , v. 36, n. 1, p. 201-228, jun. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292014000100007&lng=pt&nrm=iso>.

BARROS, Maria Carolina Mendonça de. **Impacto dos Padrões Privados de Sustentabilidade no Mercado de Produtos Agrrícolas e nos Países em Desenvolvimento**. In: Coletânia WIT, São Paulo, vol. 1, 2019.

BITZER V., FRANCKEN M, GLASBERGEN P. (2008). ***Intersectoral partnerships for a sustainable coffee chain: Really addressing sustainability or just picking (coffee) cherries?*** Glob. Environ. Change 18(2):271–84.

EUROPEAN COMMISSION. ***Contributing to Sustainable Development: The role of Fair Trade and nongovernmental trade-related sustainability assurance schemes.*** COM(2009) 215 final, 2009 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52009DC0215.

HAVINGA, Tetty. (2017). ***Private Food Safety Standards in the EU***. *Nijmegen Sociology of Law Working Papers Series*, no 2017/01. Nijmegen: Radboud University Nijmegen.

INTERNATIONAL TRADE CENTRE – ITC. ***Linking voluntary standards with sustainable development goals***. *Genebra:* ITC, 2020. p. viii. Disponível em: https://www.intracen.org/uploadedFiles/intracenorg/Content/Publications/Linking%20Voluntary%20Standards%20to%20Sustainable%20Development%20Goals_Hi-res.pdf. Acesso em 13 maio 2021.

KOLLMUSS, A., ZINK, H., POLYCARP, C., 2008b. ***Making sense of the voluntary carbon market****: A comparison of carbon offset standards. Report, March 2008. Frank- furt, Germany: WWF Germany.* Disponível em: http://assets.panda.org/downloads/vcm_report_final.pdf.

LAMBIN, Eric & THORLAKSON, Tannis. (2018). ***Sustainability Standards: Interactions Between Private Actors, Civil Society, and Governments.*** *Annual Review of Environment and Resources*. 43. 10.1146/annurev-environ-102017-025931, 2018.

LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. Padrões privados e responsabilidade do Estado na OMC. In: MAILLART, Adriana Silva (coord.). **Direito do Comércio Internacional**: atualidades e tendências. Curitiba, Juruá, 2015.

_____. **Padrões privados na Organização Mundial do Comércio:** limites entre as regras multilaterais e a governança privada de temas ambientais, sanitários e fitossanitários. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MAVROIDS, Petros C. e WOLFE, Robert. ***Private standards and the WTO****: Reclusive no more. EUI Working Papers, European University Institute*, RSCAS 2016/17.

REINECKE J, MANNING S, VON HAGEN O. (2012). ***The emergence of a standards market: multiplicity of sustainability standards in the global coffee industry.*** Organ. Stud. 33(5–6):791–814).

ROBERTS, Michael. T. ***Private Standards and Multilateral Trade Rules***. Trabalho preparado para a FAO. *Roma: Food and Agriculture Organization*, 2009a.

SMITH, Timothy & FISCHLEIN, Miriam. (2010). ***Rival Private Governance Networks: Competing to Define the Rules of Sustainability Performance. Global Environmental Change.***

TANG, Yi Shin; LIMA, Bruno Youssef Yunen Alves de. ***Private Standards in the WTO: A Multiple Streams Analysis of Resisting Forces in Multilateral Trade Negotiations.*** *Contexto int.*, Rio de Janeiro , v. 41,n. 3 p. 501-527, Dec. 2019.

THORSTENSEN, V., MOTA, C. R., CORRÊA, R. O. **Série Cadernos de Normas Voluntárias de Sustentabilidade, Comércio e Sustentabilidade**, vol. 1, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/barreirastecnicas/pdf/INMETRO. Caderno._Vol._1._NVS.pdf>.

THORSTENSEN, Vera. VIEIRA, Andreia Costa. ***Private Standards or Market Standards in search for legitimacy in the International Trading System****,* FGV EESP/CGCI Papers, 2015.

VANDENBERGH, Michael P. **Private Environmental Governance**. Public Law and Legal Theory. Working Paper 13-11. Chicago. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=2237515>.

VON HAGEN, Oliver and ALVAREZ, Gabriela.**The Interplay of Public and Private Standards:** Literature Review Series on the Impacts of Private Standards, Part III (January 1, 2012). Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2184293 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2184293.

*WORLD TRADE ORGANIZATION – WTO****. Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures. Effects of SPS-Related Private Standards – Compilation of Replies*** (G/SPS/GEN/932/Rev.1).

_____. ***Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures.*** *Report Of The Co-Stewards Of The Private Standards E-Working Group to the March 2015 Meeting of the SPS Committee On Action 1* (G/SPS/55).

WOUTERS, Jan & MAR, Axel & HACHEZ, Nicolas. (2009). ***Private Standards, Global Governance and Transatlantic Cooperation:*** *The Case of Global Food Safety Governance.*

YNAIKI, Yoshiko. (2020). ***Meta-Regulation of Private Standards:*** *The Role of Regional and International Organizations in Comparison with the WTO. World Trade Review*.

# 3. A TRIBUTAÇÃO INDIRETA E O COMÉRCIO INTERNACIONAL: CAMINHOS PARA UMA REFORMA

## *3. INDIRECT TAXATION AND INTERNATIONAL TRADE: PATHS TO REFORM*

Ellen Caroline Teixeira

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. QUAL O COMPLEMENTO NECESSÁRIO À ABERTURA COMERCIAL? CAMINHOS PARA UMA REFORMA DA TRIBUTAÇÃO INDIRETA 3. A NÃO-CUMULATIVIDADE TRIBUTÁRIA COMO PRINCÍPIO OU SIMPLES TÉCNICA DE ARRECADAÇÃO. PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 4. A IMPERFEIÇÃO DA TRIBUTAÇÃO INDIRETA NO BRASIL E AS DIFICULDADES RELACIONADAS AO COMÉRCIO EXTERIOR. O IVA IDEAL NA PERCEPÇÃO DE JOSÉ FERNANDES E HELENILSON PONTES 5. O PROJETO DE LEI 3.887/20 E O FIM DA CUMULATIVIDADE NAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS 6. A PEC 110/2019 E A CRIAÇÃO DE UM IMPOSTO SOBRE BENS E SERVIÇOS DE COMPETÊNCIA ESTADUAL 7.A PEC 45/2019 E A SUA PROFUSÃO DE ALÍQUOTAS.8. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** Uma maior inserção do Brasil nos fluxos de comércio internacional passa por uma reforma da tributação indireta que garanta a inexistência de resíduos tributários nas exportações e melhores condições de competição com produtos importados. O atual sistema tributário é composto por tributos sobre o faturamento, além de um modelo imperfeito de não cumulatividade nos impostos sobre produção e consumo que prejudica a participação das empresas brasileiras no comércio internacional. Este artigo pretende analisar qual das reformas tributárias atualmente em discussão (Projeto de Lei 3.887/20, Proposta de Emenda à Constituição 45/2019 e Proposta de Emenda à Constituição 110/2019) complementariam de forma mais adequada uma política econômica de abertura comercial e redução tarifária. Para tanto, serão usados os critérios trazidos por José Fernandes e Helenilson Cunha Pontes em artigos publicados sobre o tema.

**ABSTRACT:** *Brazilian greater insertion in international trade chains requires a reform of indirect taxation that guarantees tax residues inexistence in exports and better conditions for competition with imported products. The current tax system is composed of taxes on sales, in addition to an imperfect model of non-cumulative taxes on production and consumption, which hinders the participation of Brazilian companies in international trade. This article aims at analyzing which of the tax reforms currently under discussion (Bill No. 3887/20, Proposal for Amendment to the Constitution No. 45/2019 and Proposal for Amendment to the Constitution No. 110/2019) would most adequately complement an open economic policy commercial and tariff reduction. Therefore, the criteria brought by José Fernandes and Helenilson Cunha Pontes in articles published on the subject will be used.*

## 1. Introdução

O Brasil é uma das economias mais fechadas do mundo, apresentando uma relação entre comércio internacional e PIB de apenas 22,9% em 2018, segundo Fernando Alcaraz.[1] Para o autor, o maior isolamento do Brasil e a sua menor participação nos fluxos de comércio entre os países se deve à sua política tarifária e aos poucos acordos internacionais de comércio celebrados, o que contribuiria para a baixa competitividade e produtividade da economia nacional.

Segundo o autor, a redução das tarifas médias aplicadas permitiria inúmeros benefícios. Para a indústria, o acesso a tecnologias de produção mais avançadas devido ao barateamento da importação de bens de capital. Para os consumidores, a oferta de uma variedade maior de produtos a preços mais acessíveis. O aumento da produtividade decorreria naturalmente de uma maior eficiência na alocação dos recursos provocada pela liberalização do comércio, diminuindo os investimentos realizados em setores ineficientes, protegidos por barreiras tarifárias e não tarifárias.

A redução das tarifas médias de importação praticadas pelo Brasil se iniciou em 2019 com um processo de abertura comercial. Embora o principal objetivo seja promover uma revisão da Tarifa Comum do Mercosul (TEC), reduzindo o valor das tarifas aplicadas pelos membros do bloco, esta medida depende da aprovação dos demais países, o que torna o projeto possível apenas no médio prazo.[2] Para ilustrar as dificuldades envolvidas, durante a cúpula de presidentes do Mercosul, realizada no dia 26 de março de 2021, o presidente da Argentina, Alberto Fernandéz, opôs-se à redução linear das

[1] A nova política comercial do Brasil: um olhar preliminar sobre tarifas. In: Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXXIII, n. 140, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/rbce140_Alcaraz.pdf. Acesso em 12 de maio de 2021.

[2] A nova política comercial do Brasil: um olhar preliminar sobre tarifas. In: Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXXIII, n. 140, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/rbce140_Alcaraz.pdf. Acesso em 12 de maio de 2021.

tarifas, afirmando que o país propõe um equilíbrio entre os setores agrícola e industrial, em um contexto de grande incerteza global provocado pela pandemia de COVID-19.[3]

Dentre as medidas que podem ser adotadas imediatamente para reduzir as tarifas, destaca-se a utilização da Lista Nacional de Exceções à Tarifa Externa Comum (LETEC) do Brasil. Em 2019, o instrumento propiciou uma economia estimada de aproximadamente R$ 800 milhões por ano em termos de redução primária de custos de importação para as mercadorias nela listadas.[4]

A redução de barreiras tarifárias e não tarifárias divide opiniões de autores desde a abertura comercial praticada entre o final da década de 1980 e o começo da década de 1990. Segundo David Kupfer[5], no período de 1990-1993, houve queda do valor da produção industrial e forte contração dos níveis de emprego, provocadas por uma reestruturação da indústria após a abertura comercial, apoiada em uma estratégia de reorganização da produção, incluindo terceirização de atividades e aumento do conteúdo importado da produção local.

## 2. Qual o complemento necessário à abertura comercial? Caminhos para uma reforma da tributação indireta

Paralelamente às discussões envolvendo a redução das barreiras tarifárias aplicadas pelo Brasil, autores como José Fernandes[6] defendem a reforma da tributação indireta como um passo imprescindível à realização da abertura comercial pretendida pelo governo e iniciada em 2019. Sem esta reforma, o autor afirma que não será possível garantir efetivamente a integração do Brasil às cadeias globais de valor. Seus principais

[3] MERCOSUL tem reunião tensa e opõe Argentina a Brasil, Uruguai e Paraguai. UOL, 2021. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/afp/2021/03/26/mercosul-tem-reuniao-tensa-e-opoe-argentina-a-brasil-uruguai-e-paraguai.htm. Acesso em: 12 de maio de 2021

[4] A nova política comercial do Brasil: um olhar preliminar sobre tarifas. In: Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXXIII, n. 140, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/rbce140_Alcaraz.pdf. Acesso em 12 de maio de 2021.

[5] Trajetórias de reestruturação da indústria brasileira após a abertura e a estabilização. Temas para debate. Boletim de Conjuntura, Rio de Janeiro, IE/UERJ, v.18, n.2, julho 1998.

[6] A reforma da tributação indireta: um complemento necessário à abertura comercial. Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXXIII, n. 141, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE141_Artigo_JoseAugusto.pdf

objetivos seriam a eliminação de resíduos tributários sobre a exportação e os investimentos, a partir de uma política de crédito abrangente, a redução da insegurança jurídica provocada pelos litígios e a criação de maior isonomia na concorrência com produtos importados.

A reforma também é defendida por Helenilson Cunha Pontes[7], que destaca a difícil situação econômica de alguns estados e as dificuldades de ressarcimento de créditos do ICMS como um dos grandes desafios enfrentados pelo setor exportador. Para o autor, uma proposta de reforma tributária que intencione resolver os problemas atualmente enfrentados não pode pretender resolver a questão apenas de forma prospectiva, sem nada dispor a respeito dos créditos de ICMS atualmente titularizados pelos contribuintes.

A primeira parte da reforma tributária encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional (PL 3.887/20) prevê a extinção das contribuições ao Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/Pasep) e ao Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e a criação de uma Contribuição sobre Bens e Serviços (CBS). Outros projetos de reforma tributária tramitam na Câmara dos Deputados (PEC 45/2019) e no Senado Federal (PEC 110/2019), cada uma com suas particularidades.

Tendo em vista o cenário até aqui traçado, o objetivo deste artigo é analisar, através dos critérios trazidos por José Fernandes e Helenilson Cunha Pontes, qual das propostas citadas melhor funcionaria como complemento necessário a uma política econômica de abertura comercial e redução tarifária, facilitando as exportações brasileiras e a criação de condições de competição mais isonômicas com empresas situadas no exterior.

Na primeira parte deste artigo, será desenvolvido o conceito de não-cumulatividade tributária e serão esmiuçadas as suas diversas previsões na Constituição Federal de 1988. Na segunda parte, serão abordados os problemas relacionados à

[7] O impacto da reforma tributária no setor exportador. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-25/consultor-tributario-impacto-reforma-tributaria-setor-exportador. Acesso em 02 de julho de 2021.

tributação indireta no Brasil e as dificuldades trazidas pelo sistema tributário brasileiro ao comércio exterior. Também será descrito um modelo de imposto sobre valor agregado que resolva os problemas ali apontados, a partir das contribuições trazidas pelos autores citados em artigos publicados sobre o tema. Na terceira parte, serão analisados o PL 3.887/20, a PEC 45/2019 e a PEC 109/2019 sob o prisma de sua adequação aos critérios tratados na seção anterior e trazidos pelos autores citados. Na última parte, serão encaminhadas as conclusões do artigo.

## 3. A não-cumulatividade tributária como princípio ou simples técnica de arrecadação. Previsão na constituição federal

Para André Moreira[8], a cumulatividade tributária, ou a incidência de imposto sobre imposto, pode ocorrer de mais de uma forma. Quando se incluem tributos na base de cálculo de outros, por exemplo, alcança-se uma alíquota efetiva superior à alíquota nominal constante da lei. Isto ocorre em todos os tributos calculados "por dentro", como o atual ICMS, além de ser uma realidade dos tributos sobre o faturamento, como o PIS e a COFINS, os quais incluem o ICMS, ISS e seus próprios valores em sua base de cálculo.

Segundo o autor, outra forma de cumulatividade diz respeito à incidência do tributo diversas vezes ao longo da cadeia produtiva. Por uma questão lógica, este tipo de cumulação só ocorre nas exações plurifásicas incidentes sobre produção e circulação de bens e serviços, tais como o IPI, o ICMS e o ISS.

Já a não cumulatividade corresponde ao abatimento do montante pago na etapa anterior da cadeia. Caso ocorra de forma perfeita, o valor a ser pago ao longo de todo o período corresponderá a um imposto sobre vendas, arcado pelo consumidor final da mercadoria.

No Brasil, a Constituição Federal prevê a não cumulatividade do IPI e do ICMS no art. 153, §3º, II e no art. 155, §2º, II, respectivamente. Tais artigos preveem que o imposto "será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com

[8] Não-cumulatividade tributária no Brasil e no mundo: origens, conceito e pressupostos. Sistema Tributário Brasileiro e a Crise Atual – VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. CARVALHO, Paulo de Barros e SOUZA, Priscila de. São Paulo: Noeses/IBET, 2009, pp. 47-88

o montante cobrado nas operações anteriores". No caso do ICMS, a compensação é garantida ainda que o imposto tenha sido pago em outro Estado ou no Distrito Federal.

Para Hugo de Brito Machado[9] a não-cumulatividade é um princípio em seu enunciado constitucional genérico, o qual não estabelece em quais termos será realizada, ou seja, qual será a técnica eleita. Técnica, neste sentido, é a maneira pela qual se executa, ou se efetiva, o princípio constitucional.

Já segundo Rodrigo Koehler Ribeiro[10], "a forma como estão redigidos os dispositivos constitucionais que tratam da matéria enseja a conclusão de que o legislador constituinte brasileiro optou por obter a não-cumulatividade através da técnica 'imposto sobre imposto'. Ou seja, a não cumulatividade, nos termos trazidos pela Constituição, consiste em uma técnica de tributação que é aplicada após a ocorrência do fato gerador, encontrando-se fora da regra matriz de incidência tributária. Embora o imposto incida sobre a integralidade do valor da operação, e não apenas sobre o valor agregado à mercadoria, permite-se o abatimento, posteriormente, do montante pago nas fases anteriores da cadeia produtiva.

Já em relação ao Imposto sobre Serviços (ISS), de competência municipal, a Constituição Federal não estabeleceu nenhuma regra de não cumulatividade, como fez com o ICMS e o IPI, prevendo apenas a criação de uma lei complementar para dispor sobre alíquotas máximas e mínimas, excluir da incidência exportações de serviços para o exterior e regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados (art. 156, §3º, I, II e III da CF/1988).

A Constituição Federal prevê ainda a possibilidade das contribuições para a seguridade social incidentes sobre a receita ou faturamento das empresas, assim como sobre as importações de bens e serviços, serem não cumulativas, na forma da lei (art. 195, I, b¸ IV e §§ 9º, 11 e 12). Estas contribuições na sistemática não cumulativa são reguladas

[9] Os princípios jurídicos da Tributação na Constituição de 1988, 5ª edição, 2004, Editora Dialética, p. 124

[10] O princípio da não-cumulatividade no Direito Tributário Brasileiro. In: Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 18, 2007. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/Edicao018/Rodrigo_Ribeiro.htm. Acesso em 02 de julho de 2021.

pelas Leis 10.637/2002 e Lei 10.833/2003, enquanto a sistemática cumulativa segue sendo regida pela Lei 9.718/98.

Contudo, como não se trata de um imposto plurifásico sobre o consumo, nos moldes do IPI e do ICMS, esta cumulatividade é imprópria. A lei permite o desconto de créditos calculados em relação a algumas hipóteses taxativas, tais como bens adquiridos para revenda e bens e serviços utilizados como insumo na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda (art. 3º, I e II da Lei 10.637/2002 e art. 3º, I e II da Lei 10.833/2003).

## 4. A imperfeição da tributação indireta no brasil e as dificuldades relacionadas ao comércio exterior. O IVA ideal na percepção de José Fernandes e Helenilson Pontes

A sistemática imperfeita de não-cumulatividade existente no Brasil provoca uma tributação mais elevada quanto maior for o número de estágios de produção e circulação de bens e produtos. Como consequências negativas advindas da cumulatividade, André Moreira[11] cita as seguintes: a) a verticalização dos agentes econômicos, pois quanto maior for o número de etapas do processo produtivo e comercial de uma empresa, maior será a sua carga fiscal; b) a discriminação tributária entre grandes e pequenas empresas, já que as de maior parte têm maior possibilidade de englobar diversas etapas de produção, diminuindo a sua carga tributária; c) a oneração das exportações, diante da impossibilidade de recuperação dos tributos incidentes durante a cadeia produtiva quando da venda ao exterior; d) o ferimento da isonomia na tributação de bens importados, sujeitos a uma carga menor do que a aplicada ao produto nacional; e) a falta de transparência, pois não fica claro o peso do tributo na etapa final da mercadoria vendida, a qual varia de acordo com o número das etapas de circulação.

[11] Não-cumulatividade tributária no Brasil e no mundo: origens, conceito e pressupostos. Sistema Tributário Brasileiro e a Crise Atual – VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. CARVALHO, Paulo de Barros e SOUZA, Priscila de. São Paulo: Noeses/IBET, 2009, pp. 47-88

Também Guilherme Leite[12] conclui em seu trabalho que as dificuldades para o aproveitamento dos créditos de IPI provocam como resultado a verticalização da produção como forma de diminuir os custos de transação relacionados aos encargos tributários incidentes na cadeia produtiva.

Do ponto de vista do objetivo deste artigo, interessa analisar a necessidade de uma reforma da tributação indireta do Brasil sob o prisma do comércio exterior. Assim, serão analisadas especificamente a questão da oneração das exportações em razão de resíduos tributários e as condições de competição das empresas brasileiras com empresas internacionais, não sujeitas aos problemas relacionados à cumulatividade no Brasil.

Segundo José Fernandes[13], uma reforma da tributação indireta demanda a eliminação de quatro problemas atualmente encontrados no sistema tributário: a) incidência de tributos sobre o faturamento, naturalmente cumulativos; b) ausência de creditamento sobre as despesas realizadas com serviços no âmbito do ISS; c) deficiências no sistema débito-crédito, as quais incluem a utilização do conceito de crédito físico e as dificuldades no recebimento desses créditos; d) uma postura antiexportadora de diversos estados da federação, tendo em vista a adoção mista do sistema de origem e de destino no ICMS.

Em primeiro lugar, o autor aponta como problemáticos, além do PIS e da COFINS, a existência do SIMPLES nacional, sistemática de arrecadação em que diversos impostos federais, estaduais e municipais (a exemplo do IR, CSLL, PIS/COFINS, IPI, ICMS, ISS e a contribuição do empregador para a seguridade) são unificados em um único tributo sobre o faturamento, desde que essas empresas tenham receita inferior a R$4.800.000,00. Os tributos sobre o faturamento prejudicam o comércio exterior na medida em que são naturalmente cumulativos.

[12] A não cumulatividade do IPI na exportação de mercadorias nacionais sob a perspectiva da análise jurídica da política econômica: neutralidade da incidência tributária e efetividade do creditamento. Dissertação (mestrado). Universidade de Brasília, UnB.

[13] A reforma da tributação indireta: um complemento necessário à abertura comercial. Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXXIII, n. 141, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE141_Artigo_JoseAugusto.pdf

Um segundo problema apontado é a ausência de créditos advindos de despesas com serviços, tributados pelo ISS. A título de exemplo, José Fernandes afirma que é crescente o fato de os investimentos virem associados a despesas de prestação de serviços para instalação, manutenção e treinamento, as quais, pelo sistema atual, não admitem qualquer tipo de dedução.

Um terceiro problema se refere à forma de recuperação dos créditos pela sistemática da não cumulatividade, prevista pela Constituição Federal para o IPI e o ICMS, com a adoção do crédito físico, em oposição ao crédito financeiro. Aliomar Baleeiro, citado por José Fernandes,[14] distingue duas modalidades para o exercício do direito ao abatimento dos créditos nos impostos plurifásicos e não-cumulativos: a) o crédito financeiro, que admite dedução dos investimentos em ativo imobilizado, insumos e, ainda, em bens de uso e consumo, aplicados de forma apenas indireta no processo produtivo da empresa; b) o crédito físico, o qual apenas é reconhecido quando se tratar de matérias-primas ou bens intermediários, desde que consumidos ao longo do processo produtivo, mesmo sem compor o produto final.

A legislação tributária atualmente em vigor no Brasil adotou para o ICMS e o IPI o conceito de crédito físico, dificultando as deduções na sistemática da não cumulatividade. Como consequência da imperfeição do sistema, as empresas brasileiras exportam tributos, além de não competirem em condições de isonomia com empresas estrangeiras. A complexidade do sistema débito-crédito e a alta litigiosidade envolvida traz numerosos custos adicionais para as empresas, tanto em relação à litigiosidade administrativa quanto à judicial.

Outra deficiência no sistema débitos-créditos diz respeito às dificuldades de devolução dos saldos credores, que ocorrem quando a valor a ser restituído às empresas decorrente do sistema da não cumulatividade supera o valor a ser compensado com impostos devidos, tornando necessário o ressarcimento do valor. Segundo o José

[14] A reforma da tributação indireta: um complemento necessário à abertura comercial. Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXXIII, n. 141, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE141_Artigo_JoseAugusto.pdf

Fernandes[15], "há evidências de que as empresas calculam o nível limite de exportação sobre o faturamento de modo a não acumularem créditos em excesso que afetem a sua rentabilidade".

Por fim, o quarto problema apontado pelo autor se refere a um sistema misto de tributação, no qual parte do recolhimento de ICMS é feito na origem e parte no destino, em se tratando de operações interestaduais.[16] Na prática, os estados exportadores se sentem lesados porque as exportações são imunizadas, devendo então restituir às empresas exportadoras o saldo de créditos decorrentes dessas vendas ao exterior. Contudo, no caso de aquisições de insumos de outros estados, esta tributação é devida ao estado de origem, de modo que o estado exportador não recebe esses créditos, embora deva incorrer no pagamento da diferença.

Da mesma maneira, quando as importações não se destinam diretamente ao estado em que está localizado o investimento (por exemplo, a instalação fabril que será destino dos bens de capital importados), os tributos incidirão no ponto de origem da importação, fazendo com que os estados também se sintam lesados com esta perda de arrecadação. Para resolver este problema, o autor propõe a adoção de um IVA que adote a tributação no destino, exclusivamente.

Considerando todos os problemas apontados, o autor aponta como forma de resolver os desafios relacionados ao comércio exterior a criação de um Imposto sobre Valor Agregado que atenda cumulativamente a seis requisitos: a) base ampla que inclua serviços; b) crédito abrangente; c) ressarcimento rápido dos créditos; d) reduzido número de alíquotas; e) não oneração de bens de capital e f) tributação no destino.

---

[15] A reforma da tributação indireta: um complemento necessário à abertura comercial. Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXXIII, n. 141, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE141_Artigo_JoseAugusto.pdf

[16] As alíquotas do ICMS nas Operações Interestaduais são estabelecidas pelo Senado Federal de acordo com o § 2º do art. 155 da CF, que em seu inciso IV estabelece: IV – resolução do Senado Federal, de iniciativa do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, aprovada pela maioria absoluta de seus membros, estabelecerá as alíquotas aplicáveis às operações e prestações, interestaduais e de exportação;

Já Helenilson Cunha Pontes[17] pontua a necessidade de que, além da criação de um IBS nos moldes de um IVA com ampla possibilidade de abatimento célere dos créditos gerados, seja também regulado o atual estado de coisas no que tange aos créditos bilionários de ICMS acumulados pelas empresas exportadoras. O autor manifesta preocupação com a possibilidade de um calote no setor em razão da extinção do imposto estadual. Como solução para este problema, propõe a possibilidade de livre transferência dos créditos pelas empresas, tanto daqueles já existentes em relação aos tributos atuais, quanto dos futuros relativos ao Imposto sobre Bens e Serviços.

Tendo em vista os problemas que a atual tributação indireta provoca para a inserção das empresas brasileiras nos fluxos de comércio internacional, na próxima seção passarei a analisar as propostas de reforma da tributação indireta atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal sob o prisma dos critérios trazidos por José Fernandes e Helenilson Torres.

Em primeiro lugar, será analisado o Projeto de Lei 3.887/20, proposto pelo Poder Executivo. Em seguida, tratarei da PEC 45/2019, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados e da PEC 110/2019, em trâmite no Senado Federal, com o objetivo de verificar qual das propostas de reforma da tributação indireta apresenta maior compatibilidade com o modelo proposto pelos referidos autores de adequação às necessidades do comércio internacional.

## 5. O Projeto de Lei 3.887/20 e o fim da cumulatividade nas contribuições sociais

O PL 3.887/20, encaminhado pelo Poder Executivo, é a primeira parte da reforma tributária enviada pelo governo federal. Propondo menos alterações no sistema tributário do que a PEC 45/2019 e a PEC 110/2019, a proposta extingue apenas dois tributos federais, o PIS e a COFINS, e cria uma contribuição única sobre bens e serviços (CBS). Os demais impostos federais e estaduais, incluindo IPI, ICMS e ISS são mantidos.

[17] O impacto da reforma tributária no setor exportador. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-25/consultor-tributario-impacto-reforma-tributaria-setor-exportador. Acesso em 02 de julho de 2021.

Como principal novidade, a nova CBS será não cumulativa, já que o art. 9º do PL 3.887/20 prevê que "a pessoa jurídica sujeita à CBS incidente na forma deste Capítulo poderá apropriar crédito correspondente ao valor da CBS destacado em documento fiscal relativo à aquisição de bens ou serviços" (BRASIL, 2020). Não haverá modalidade cumulativa, sem direito a crédito, como hoje ocorre com o PIS e a Cofins, na modalidade regida pela Lei 9.718/98.

De plano, sob o ponto de vista do problema da cumulatividade tributária e de seus impactos sobre o comércio exterior, percebe-se que a instituição da CBS avança ao extinguir o regime cumulativo do PIS e da COFINS, atualmente obrigatório para todas as empresas optantes pelo modelo de lucro presumido, conforme o art. 8º, II da Lei 10.637/2002 e art. 10, II, da Lei 10.833/2003.

Comparando o atual regime não cumulativo do PIS e da COFINS com a CBS, esta contribuição também avança ao ser instituída nos moldes de um imposto sobre o valor agregado, admitindo a dedução de todo o valor de contribuição destacado no documento fiscal de compra. Desta forma, é adotado o conceito de crédito financeiro, fundamental para evitar a exportação de tributos e a oneração dos investimentos.

Outro ponto a ser destacado é a cobrança do tributo por fora, sobre o preço do bem ou serviço, excluindo outros tributos da base de cálculo (ICMS, ISS e a própria CBS), conforme art. 7º do PL 3.887/20. A inclusão desses tributos atualmente na base de cálculo do PIS e da COFINS gerou intensa litigiosidade tributária, recentemente solucionada definitivamente no RE 574.706[18].

Além disso, a simplificação tributária e a redução da litigiosidade pretendem ser alcançadas pela proposta através da instituição de uma alíquota única e de poucas hipóteses de isenções, a exemplo de produtos da cesta básica e do transporte rodoviário de passageiros (art. 22, II e III do PL 3.887/20).

Analisando a proposta sob o prisma dos seis critérios trazidos por José Fernandes para verificar a adequação de uma reforma da tributação indireta às

[18] No RE 574.706, o STF fixou a seguinte tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins".

necessidades do comércio internacional, verifica-se que as alterações promovidas pelo projeto, embora positivas, são pouco abrangentes.

O primeiro critério (base ampla que inclua serviços) não foi atendido, já que o ISS não foi incluído na CBS, de modo que as despesas com serviços continuarão sem gerar crédito para as empresas.

A política de crédito abrangente e o ressarcimento rápido dos créditos, respectivamente o segundo e o terceiro requisitos, não são preenchidos em razão da permanência do ICMS e do IPI no sistema tributário com as suas atuais imperfeições, incluindo a adoção do sistema de crédito físico e a dificuldade no ressarcimento dos créditos.

Também o quarto e o quinto critérios (reduzido número de alíquotas, visando à simplificação tributária, e não oneração de bens de capital) não são atendidos. Persistirá a profusão de tributos de diversos entes federativos com competência para definição de suas alíquotas, e os bens de capital continuarão onerados pelo IPI e pelo ICMS com a permanência da adoção do conceito de crédito físico.

Por fim, a tributação no destino continuará sem ser adotada no Brasil, já que o IPI e o ICMS são mantidos nos moldes atuais, de forma a ser também desatendido o sexto critério trazido por José Fernandes.

Já no que se refere às propostas de Helenilson Pontes, a proposta de criação da CBS veda expressamente a transferência dos créditos (art. 16 do PL 3.887/20), de modo que esta solução proposta pelo autor para permitir o rápido ressarcimento às empresas exportadoras foi expressamente rechaçada. Por outro lado, com a manutenção do ICMS e do IPI nos moldes atuais, a outra preocupação do autor, relativa à manutenção dos créditos desses tributos, não dialoga com o PL 3.887/20, já que esses impostos são mantidos com a sua conformação atual, de modo que os contribuintes permanecem com seus créditos.

## 6. A PEC 110/2019 e a criação de um imposto sobre bens e serviços de competência estadual

A PEC 110/2019, atualmente em tramitação no Senado Federal, é a proposta de reforma tributária que engloba o maior número de tributos federais, estaduais e municipais a serem extintos e substituídos pelo novo Imposto Sobre Bens e Serviços – IBS.

São extintos o IPI, IOF, PIS/Pasep, Cofins, Salário-Educação, Cide-Combustíveis, todos federais, o ICMS estadual e o ISS municipal. O imposto sobre valor agregado então criado em seu lugar é um imposto de competência estadual (art. 155, IV). Além dele, há a previsão de um Imposto Seletivo, de competência federal, que incidirá sobre determinados produtos e serviços, tais como petróleo e derivados, combustíveis e lubrificantes, cigarros, energia elétrica e serviços de telecomunicações (art. 153, VIII).

Em regra, não são permitidas isenções fiscais (art. 155, VIII), com algumas exceções expressamente autorizadas na Constituição Federal, desde que previstas por lei complementar, tais como as incidentes sobre transporte público, de passageiros e alimentos.

Passo agora a analisar a adequação do IBS proposto pela PEC 110/2019 ao modelo proposto por José Fernandes para a criação de um imposto sobre o valor agregado que supere as imperfeições da tributação indireta brasileira.

Para tanto, será considerado o atendimento aos seguintes pressupostos antes vistos: (a) base ampla que inclua serviços; (b) crédito abrangente; (c) ressarcimento rápido dos créditos; (d) reduzido número de alíquotas; € não oneração de bens de capital; e (f) tributação no destino.

Em relação ao primeiro requisito, a inclusão do ISS municipal no IBS resolve o atual problema da inexistência de créditos por despesas com serviços. Tendo em vista o crescimento deste tipo de despesa no setor industrial, especialmente atrelada à instalação e manutenção de bens de capital, bem como a tendência de servicificação da economia, a PEC soluciona um importante problema de cumulatividade tributária.

Segundo a Pesquisa Industrial Anual (PIA/IBGE) de 2015, os serviços sujeitos à incidência do ISS representam cerca de 7% das despesas de uma empresa industrial.[19]

Já no que se refere à política de crédito abrangente, a Proposta de Emenda à Constituição também prevê a adoção do conceito de crédito financeiro na nova redação conferida ao art. 155, II, "a", ou seja, permite a dedução de créditos referentes a quaisquer despesas relacionadas ao exercício da atividade econômica empresarial, excepcionando aquelas caracterizadas como de uso ou consumo pessoal. Com isso, resolve-se um dos problemas antes apontados na Seção 3 deste artigo para a integração das empresas brasileiras nos fluxos de comércio internacional, qual seja, a adoção do conceito de crédito físico no IPI, ICMS e PIS/COFINS, agora extintos pelo novo IBS.

Contudo, em relação ao ressarcimento rápido dos créditos, terceiro requisito, embora a PEC garanta aos exportadores a manutenção e o aproveitamento do imposto cobrado nas operações anteriores (art. 155, VI, "a"), não traz nenhuma inovação em relação à forma de ressarcimento ou aos prazos para devolução. Além da adoção do conceito de crédito financeiro, José Fernandes estipula a devolução rápida dos valores como especialmente importante para assegurar a fruição plena da não-cumulatividade tributária pretendida, não sendo possível asseverar, neste momento, se este rápido ressarcimento será garantido às empresas exportadoras.

Em relação ao critério de uniformidade de alíquotas, embora a Proposta de Emenda à Constituição apenas preveja a instituição do IBS por meio de lei complementar, o art. 155, §7º, I prevê a uniformidade do imposto em todo o território nacional e a sua regulamentação única, de modo que é possível depreender o atendimento deste requisito.

Contudo, apesar da uniformidade pretendida pela PEC, está autorizada a concessão excepcional de benefícios fiscais, desde que nacionalmente estabelecidos por lei complementar, para alimentos, inclusive os destinados ao consumo animal, medicamentos, transporte público coletivo de passageiros, bens do ativo imobilizado, saneamento básico, educação infantil, ensino fundamental, médio e superior e educação

[19] A reforma da tributação indireta: um complemento necessário à abertura comercial. Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXXIII, n. 141, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE141_Artigo_JoseAugusto.pdf

profissional. (art. 155, VIII). A possibilidade de concessão de benefícios fiscais para alguns setores torna possível que o sistema perca a simplicidade pretendida com nova profusão de alíquotas e regimes especiais.

Por fim, o penúltimo critério trazido por José Fernandes (não oneração de bens de capital) está atendido pelo art. 155, II, "b", ao prever o crédito integral e imediato, quando cabível, na aquisição de bens do ativo imobilizado. O novo IBS atende ainda ao último requisito da tributação no destino, conforme art. 155, §7º, VII, da CF, ao prever que "sem prejuízo do disposto nos arts.156-A e 158, V, o imposto pertencerá ao Estado de destino do bem ou serviço, nos termos da lei complementar".

Além do IBS, a PEC 110/2019 prevê em seu art. 153, VIII a criação de um Imposto Seletivo, de competência da União, incidente sobre "operações com petróleo e seus derivados, combustíveis e lubrificantes de qualquer origem, gás natural, cigarros e outros produtos do fumo, energia elétrica, serviços de telecomunicações a que se refere o art. 21 , XI, bebidas alcoólicas e não alcoólicas, e veículos automotores novos, terrestres, aquáticos e aéreos".

Para este imposto federal, não é prevista nenhuma sistemática de não-cumulatividade. Tendo em vista que parte desses bens é usada como insumo pelas empresas, com destaque para combustíveis e energia elétrica, a criação desse imposto federal poderá minimizar o impacto positivo da previsão de geração de créditos financeiros no IBS, gerando cumulatividade tributária.

No que se refere aos critérios trazidos por Helenilson Torres para a adequação de uma reforma tributária a uma política de comércio exterior que integre o Brasil nos fluxos de comércio internacional, a PEC 110/2019 não propõe a possibilidade de transferência de créditos, o que pode significar, na visão do autor, dificuldades na agilidade de seu recebimento por parte das empresas exportadoras. A proposta também nada dispõe a respeito dos atuais créditos de ICMS e IPI, como a sua manutenção e prazos para seu ressarcimento.

## 7. A PEC 45/2019 e a sua profusão de alíquotas

As mudanças sugeridas no texto constitucional têm como referência a proposta de reforma tributária desenvolvida pelo Centro de Cidadania Fiscal (CCiF), uma *think thank* independente que tem o objetivo declarado de contribuir para a simplificação do sistema tributário brasileiro e o aprimoramento do modelo de gestão fiscal do país.[20]

O principal destaque da PEC 45/2019 é a unificação de cinco tributos em um único Imposto Sobre Bens e Serviços. Menos abrangente que a PEC 110/2019, a proposta abrange apenas o IPI, ICMS, ISS, PIS e COFINS. O novo tributo criado será de competência federal, devendo ser instituído por meio de lei complementar (art. 152-A), mas as alíquotas não serão uniformes em todo o território nacional, já que os estados e municípios poderão fixar suas próprias alíquotas (art. 152, §2º).

A proposta também prevê a criação de um imposto seletivo, com a finalidade extrafiscal de desestimular o consumo de determinados bens, serviços ou direitos (art. 154, III).

De forma semelhante à PEC 110/ 2019, esta proposta também atende a diversos requisitos trazidos por José Fernandes para ser enquadrada com um IVA ideal. Os critérios abrangidos são: base ampla que inclui serviços (art. 152-A), política de crédito abrangente, com a adoção do conceito de crédito financeiro (art. 152-A, III) e tributação no destino para as vendas efetuadas entre os estados (art. 152-A, §3º, I e II).

Contudo, quanto ao requisito da rápida devolução dos créditos, a PEC 45/2019, à semelhança da PEC 110/2019, não traz em seu conteúdo nenhum prazo para a sua devolução, deixando tal regulamentação a cargo de lei complementar. Na justificativa da proposta[21], sugere-se que a devolução seja feita em prazo muito célere (60 dias), apenas para identificar indícios de fraude na origem dos créditos, mas este prazo dependeria de posterior previsão em lei.

[20] Informações extraídas do site da instituição.

[21] Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1728369&filename=PEC+45/2019

No que se refere ao critério trazido por José Fernandes de adoção de poucas alíquotas, a PEC 45/2019 apresenta um ponto negativo em comparação à PEC 109/2019, tendo em vista que não só os estados poderão fixar a sua alíquota no IBS, como também cada um dos municípios. Embora com a clara intenção de preservar a autonomia dos entes federativos na definição de suas receitas, a proposta peca por tornar a tributação indireta mais complexa e sujeita a maiores custos de conformidade, tendo em vista as várias alíquotas que poderão surgir conforme as vendas se destinem a cada um dos 5.570 municípios brasileiros.

Por outro lado, diferentemente do que prevê a PEC 110/2019, a proposta em tramitação na Câmara tem como ponto positivo em relação à variedade de alíquotas e à simplificação do sistema ao não permitir isenções, reduções de base de cálculo ou quaisquer outros benefícios fiscais para o IBS (art. 152-A, §1º, IV, da CF). Para evitar o efeito regressivo da tributação sobre o consumo, incidente em especial em produtos considerados essenciais (tais como os integrantes da cesta básica, por exemplo), é previsto um mecanismo de transferência de renda para as famílias mais pobres por meio da devolução parcial do imposto pago, a ser regulamentado por meio de lei complementar (art. 152-A, §9º).

Já quanto ao critério da não oneração dos bens de capital, a PEC 45/2019 silencia a respeito, não trazendo nenhuma previsão, a qual poderá vir eventualmente na lei complementar que instituirá o IBS. Contudo, a PEC 110/2019, ao prever a não oneração no corpo do próprio texto constitucional, melhor garantia dá aos contribuintes de que seus investimentos não serão onerados, o que é de suma importância para as empresas exportadoras, segundo José Fernandes.

Por fim, também como ponto positivo da proposta em tramitação na Câmara em comparação com a do Senado, podemos citar que o imposto seletivo, de competência da União, não possui finalidade fiscal e se destinará apenas a atividades a serem desestimuladas. Já a PEC 109/2019 prevê um imposto seletivo com finalidade arrecadatória, a incidir sobre insumos largamente utilizados pelas empresas, como combustíveis e energia elétrica, gerando a indesejada cumulatividade que se pretende combater com a reforma da tributação indireta.

No que se refere aos critérios trazidos pelo autor Helenilson Torres, a PEC 45/2019 também não atende ao quesito da regulação retroativa dos créditos de ICMS titularizados pelas empresas exportadoras. Ademais, também este projeto não prevê a livre alienação dos créditos, o que permitiria o rápido ressarcimento a estas empresas.

## 8. Conclusão

A reforma da tributação indireta é importante para o processo de abertura comercial pretendido pelo governo brasileiro e iniciado em 2019, com as negociações para redução da TEC e a utilização da LETEC para a redução de tarifas.

A atual profusão de tributos sobre o faturamento e as deficiências na sistemática da não cumulatividade dificultam a inserção das empresas brasileiras nos fluxos internacionais de comércio. Seja sob o ponto de vista da oneração de exportações com resíduos tributários não restituídos, seja em razão da competição desleal com empresas estrangeiras, ou ainda em virtude da oneração dos investimentos, os competidores brasileiros possivelmente serão prejudicados por uma abertura comercial não acompanhada de uma reforma tributária que resolva os problemas apontados neste artigo.

Ao longo deste trabalho, os principais problemas relacionados à tributação indireta e sua relação com o comércio internacional foram: (a) a permanência de tributos sobre o faturamento; (b) a inexistência de creditamento sobre despesas efetuadas com serviços; (c) deficiências no sistema de crédito e débito, em especial a adoção do conceito de crédito físico e as dificuldades no recebimento dos créditos; (d) as dificuldades relacionadas à adoção mista do sistema de origem e de destino no ICMS, o que leva a uma postura antiexportadora por parte dos estados; e (e) a alta litigiosidade e os altos custos de conformidade decorrentes da profusão de tributos, alíquotas, regimes especiais e hipóteses de isenção e benefícios tributários.

Propôs-se a utilização dos critérios estipulados por José Fernandes e Helenilson Pontes para analisar as atuais propostas de reforma da tributação indireta que tramitam na Câmara e no Senado, o PL 3.887/20, a PEC 45/2019 e a PEC 110/2019, e as suas respectivas capacidades de resolver os problemas apontados.

Os requisitos para a criação de um IVA ideal estipulados por José Fernandes foram: a) base ampla que inclua serviços; b) crédito abrangente; c) ressarcimento rápido dos créditos; d) reduzido número de alíquotas; e) não oneração de bens de capital e f) tributação no destino. Também foram utilizados os requisitos trazidos por Helenilson Pontes para uma reforma da tributação indireta que atenda aos interesses das empresas exportadoras: a) manutenção dos créditos detidos nos tributos a serem eventualmente extintos, tal como o ICMS; b) possibilidade de livre transferência dos créditos atualmente titularizados e daqueles por ventura detidos no âmbito do ICMS.

Em relação ao PL 3.887/20, primeira parte da proposta de reforma tributária encaminhada pelo governo federal, concluiu-se pela incompletude da solução proposta, nos termos dos critérios dos referidos autores. De fato, embora elimine o PIS e a COFINS, prevendo a criação de uma Contribuição sobre Bens e Serviços, nos moldes de um imposto sobre valor agregado e não-cumulativo, a proposta não elimina as atuais distorções ao prever a manutenção do ISS, ICMS e IPI no modelo existente.

Assim, permanece a impossibilidade de dedução de despesas com serviços, tributadas pelo ISS, a adoção do conceito de crédito físico na tributação pelo ICMS e IPI, a dificuldade na devolução dos saldos credores, bem como a adoção mista do sistema de origem e destino nas operações interestaduais.

Já a PEC 110/2019, ao unificar um total de nove tributos (IPI, IOF, PIS/Pasep, Cofins, Salário-Educação, Cide-Combustíveis, todos federais, o ICMS estadual e o ISS municipal) possui o mérito de incluir os serviços na base de cálculo do IBS então criado, além de prever a adoção do conceito de crédito financeiro e adotar o destino como critério de tributação nas operações interestaduais.

Como pontos negativos da proposta, podemos salientar o não atendimento do requisito da devolução dos créditos, em razão da inexistência de previsão de prazo para a sua devolução dos créditos, além da criação de um imposto seletivo, com finalidade fiscal e de competência da União, que incidiria sobre bens utilizados como insumo pelas empresas, como combustíveis e energia elétrica. Por se tratar de um imposto cumulativo, a sua instituição provocaria a perda de parte dos benefícios previstos com a criação de um IBS com créditos abrangentes.

Por fim, também como ponto negativo, salientamos a possibilidade de instituição de benefícios fiscais para setores específicos, a ser realizada por meio de lei complementar. O problema das isenções é a distorção da simplificação e praticidade do sistema, o que faz com que o tributo criado perca o atributo da neutralidade, erigido por José Fernandes como fundamental para o atendimento dos interesses das empresas exportadoras.

Já no que se refere à PEC 45/2019, a qual extingue cinco tributos (IPI, ICMS, ISS, PIS e COFINS), destacamos os mesmos pontos positivos já salientados quando da análise da PEC 109/2019: inclusão dos serviços na base de cálculo do IVA, créditos amplos e utilização do destino como critério de tributação nas operações interestaduais.

Também destacamos na proposta em trâmite na Câmara dos Deputados a utilização do imposto seletivo, de competência da União, com finalidade exclusiva de tributar setores cuja venda de produtos se pretenda desincentivar, tais como álcool e cigarro. A finalidade meramente extrafiscal deste imposto evita a cumulatividade tributária provocada pela PEC 109/2019, ao prever a sua incidência sobre energia elétrica e combustíveis.

Como ponto negativo da proposta, apontamos a instituição de alíquotas do IBS pelos diversos estados e municípios da federação. Apesar de pretender garantir a autonomia dos entes federados, a proposta retira os benefícios de simplificação enumerados por José Fernandes e advindos de um número reduzido de alíquotas, especialmente considerando a enorme quantidade de municípios brasileiros.

Por fim, nenhuma das propostas em trâmite atende às propostas de Helenilson Pontes, pois não regulam as situações pretéritas e as possíveis discussões que poderão surgir, relativas à manutenção dos créditos dos tributos extintos, como o ICMS e IPI. Tampouco preveem a possibilidade de livre alienação dos créditos, de modo que não há até o momento nas propostas instrumentos jurídicos para garantir a rapidez no aproveitamento dos créditos por parte das empresas exportadoras.

Conclui-se que a PEC 45/2019, em trâmite na Câmara dos Deputados, possui maior adequação a um modelo de IVA ideal, em suas atributos de neutralidade e não-cumulatividade, conforme critérios trazidos por José Fernandes. A criação de um IBS nos

moldes pretendidos pela proposta tem maior possibilidade de resolver problemas históricos da tributação indireta no Brasil e as dificuldades daí decorrentes para inserção do Brasil nos fluxos de comércio internacional.

Por outro lado, acredita-se que o PL 3.887/20 encaminhado pelo Poder Executivo não tem aptidão para resolver esses problemas, considerando os critérios de análise estabelecidos neste trabalho.

**Referências bibliográficas**

ALCARAZ, Fernando Coppe. A nova política comercial do Brasil: um olhar preliminar sobre tarifas. Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXXIII, n. 140, 2019. Disponível em: http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/rbce140_Alcaraz.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5.568, de 21 de julho de 2020. Institui a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços - CBS, e altera a legislação tributária federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2258196. Acesso em: 12 de maio de 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição 45, de 03 de abril de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2196833. Acesso em: 12 de maio de 2021.

BRASIL. Senado Federal. Proposta de Emenda à Constituição 109, de 09 de julho de 2019. Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137699. Acesso em: 12 de maio de 2021.

FERNANDES, José. A reforma da tributação indireta: um complemento necessário à abertura comercial. Revista Brasileira de Comércio Exterior, Ano XXXIII, n. 141, 2019. Disponível em:http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/RBCE141_Artigo_JoseAugusto.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2021.

KUPFER, David. Trajetórias de reestruturação da indústria brasileira após a abertura e a estabilização: temas para debate. Boletim de Conjuntura, Rio de Janeiro, IE/UERJ, v.18, n.2, julho 1998.

LEITE, Guilherme. A não cumulatividade do IPI na exportação de mercadorias nacionais sob a perspectiva da análise jurídica da política econômica: neutralidade da incidência tributária e efetividade do creditamento. Dissertação (mestrado). Universidade de Brasília, UnB.

MACHADO, Hugo de Brito. Os princípios jurídicos da Tributação na Constituição de 1988, 5ª edição, 2004, Editora Dialética, p. 124.

MERCOSUL tem reunião tensa e opõe Argentina a Brasil, Uruguai e Paraguai. UOL, 2021. Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/afp/2021/03/26/mercosul-tem-reuniao-tensa-e-opoe-argentina-a-brasil-uruguai-e-paraguai.htm. Acesso em: 12 de maio de 2021

MOREIRA, André Mendes. Não-cumulatividade tributária no Brasil e no mundo: origens, conceito e pressupostos. Sistema Tributário Brasileiro e a Crise Atual – VI Congresso Nacional de Estudos Tributários. CARVALHO, Paulo de Barros e SOUZA, Priscila de. São Paulo: Noeses/IBET, 2009, pp. 47-88.

PONTES, Helenilson Cunha. O impacto da reforma tributária no setor exportador. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-set-25/consultor-tributario-impacto-reforma-tributaria-setor-exportador. Acesso em 02 de julho de 2021.

RIBEIRO, Rodrigo Koehler. O princípio da não-cumulatividade no Direito Tributário Brasileiro. In: Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 18, 2007. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/Edicao018/Rodrigo_Ribeiro.htm. Acesso em 02 de julho de 2021.

# 4. A EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA NA PROTEÇÃO DE CONHECIMENTOS TRADICIONAIS POR MEIO DE ACORDOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

## *4. THE LATIN AMERICAN EXPERIENCE IN PROTECTING TRADITIONAL KNOWLEDGE THROUGH INTERNATIONAL TRADE AGREEMENTS*

Frederico Carrilho Donas

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. SISTEMAS DE PROTEÇÃO DE CONHECIMENTOS TRADICIONAIS. 2.1. Conhecimentos tradicionais e o uso sustentável da biodiversidade. 2.2. Conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual. 3. O USO DE ACORDOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL PARA PROTEGER CONHECIMENTOS TRADICIONAIS. 4. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** Conhecimentos tradicionais são desenvolvidos, sustentados e transmitidos de geração em geração dentro de uma comunidade, muitas vezes fazendo parte de sua identidade cultural ou espiritual. Tais conhecimentos trazem importantes oportunidades econômicas para países em desenvolvimento, que têm enfrentado resistência por parte dos países desenvolvidos na criação de mecanismos multilaterais para proteção dos interesses de comunidades locais. Partindo de uma análise sistêmica das normas aplicáveis, o presente artigo analisa os regimes de propriedade e exploração comercial de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados, em busca de lições que possam ser aproveitadas da experiência internacional.

**ABSTRACT:** *Traditional knowledge is developed, sustained, and passed on from generation to generation within a community, often forming part of their cultural or spiritual identity. Such knowledge brings important economic opportunities to developing countries, which have faced resistance from developed countries in creating multilateral mechanisms to protect the interests of local communities. Starting from a systemic analysis of the applicable norms, this article analyzes the regimes in the international regime of property and commercial exploitation of genetic resources and associated traditional knowledge in search of lessons that can be used from the international experience.*

## 1. Introdução

Conhecimentos tradicionais são desenvolvidos, sustentados e transmitidos de geração em geração dentro de uma comunidade, muitas vezes fazendo parte de sua identidade cultural ou espiritual[1]. Esse conjunto dinâmico de conhecimento também abrange expressões culturais tradicionais, que incluem arte, música e outras expressões de folclore; e recursos genéticos de origem vegetal ou animal, como culturas agrícolas e plantas medicinais. Esses conhecimentos têm aplicações numa ampla variedade de indústrias, especialmente agrícola e farmacêutica.

O potencial econômico de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados é gigantesco. Estima-se que o tamanho do mercado mundial de medicamentos fitoterápicos foi de US$ 83 bilhões em 2019, devendo chegar a US$ 550 bilhões em 2030[2]. Uma parcela substancial desse mercado deriva de conhecimentos tradicionais, como indica a estimativa do bioquímico Norman Farnsworth de que 74% dos medicamentos fitoterápicos registrados no mundo possuem uso idêntico ao das plantas medicinais originárias[3].

A região da Ásia-Pacífico lidera o mercado de medicamentos fitoterápicos, que ainda conta com tímida participação do Brasil[4]. Apesar disso, não se pode ignorar o potencial de crescimento do mercado brasileiro. O país abriga a maior biodiversidade do mundo, com mais de 46 mil espécies de plantas – muitas das quais são endêmicas ou originárias do Brasil[5]. Os conhecimentos tradicionais do país são transmitidos pelos mais

---

[1] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual.** Genebra: [s. n.], 2016.

[2] INSIGHTSLICE PARTNERING INTELLIGENCE. **Herbal medicine market global sales are expected to reach us$ 550 billion by 2030, as stated by insightSLICE**. Disponível em: https://bit.ly/33NbQoC. Acesso em: 17de maio de 2021.

[3] FARNSWORTH, Norman, 1988 apud COMMISSION ON TRADE IN GOODS AND SERVICES AND COMMODITIES. **Systems and national experiences for protecting traditional knowledge, innovations and practices**. Genebra: 2000. Disponível em: https://bit.ly/2SYKYzO. Acesso em: 17de maio de 2021.

[4] A empresa de consultoria Research and Markets estima que o mercado da região Ásia-Pacífico chegará a US$ 48 bilhões nos próximos quatro anos (RESEARCH AND MARKETS. **Asia and ASEAN herbal medicines market - forecast (2020 - 2025).** Disponível em: https://bit.ly/3olJSK4. Acesso em: 17 de maio de 2021).

[5] CARVALHO, Ana Cecília Bezerra et al. The Brazilian market of herbal medicinal products and the impacts of the new legislation on traditional medicines. **Journal of Ethnopharmacology**, [s. l.], v. 212, 2018. Disponível em: https://doi.org/10.1016/j.jep.2017.09.040, p. 2. Acesso em: 17de maio de 2021.

de 200 povos indígenas e pelas diversas comunidades quilombolas, caiçaras e seringueiras que vivem aqui[6].

Diante desse potencial financeiro, a discussão sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais tem ganhado cada vez mais atenção em âmbito internacional. No entanto, a ausência do consenso necessário para a adoção de mecanismos multilaterais para defesa dos interesses de comunidades locais fez com que o debate sobre o tema tenha migrado para discussões regionais ou bilaterais de acordos de comércio internacional.

Esse movimento tem sido impulsionado por países com grande biodiversidade, a maioria em desenvolvimento e situada no hemisfério Sul, que buscam o reconhecimento, valorização e proteção dos interesses de comunidades locais. Dada a complexidade do tema, não é surpresa que o debate tenha se polarizado.

De um lado, há a preocupação de que países desenvolvidos – com maior poder econômico e detentores de tecnologia mais avançada – façam uso não autorizado de conhecimentos tradicionais para desenvolver produtos protegidos por direitos de propriedade intelectual. Zanirato e Ribeiro apontam que essa prática de biopirataria é particularmente comum na indústria farmacêutica, em que mais da metade dos medicamentos patenteados por países ricos são produzidos a partir de substâncias extraídas das florestas tropicais[7].

Por outro lado, há a preocupação de que o debate seja usado por países em desenvolvimento como moeda de troca para obter concessões em relação às obrigações introduzidas pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, na sigla em inglês)[8]. Nesse sentido, Graham Dutfield aponta a postura contraditória de nações que adotam discurso favorável aos

[6] MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Biodiversidade brasileira.** Disponível em: https://bit.ly/3hzBm90. Acesso em: 17 maio 2021.

[7] ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. **Ambiente & Sociedade**, [s. l.], v. 10, n. 1, 2007, p. 45.

[8] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.** Marrakesh: 1994.

conhecimentos tradicionais em fóruns internacionais, mas que pouco ou nada fazem para avançar o tema domesticamente[9].

Outro ponto de discordância está relacionado aos sistemas de proteção aplicáveis aos conhecimentos tradicionais. Em síntese, são contrapostos os regimes estabelecidos pelo Acordo TRIPS de 1994 e pela Convenção sobre Mudanças Climáticas e sobre Diversidade Biológica de 1992[10]. O primeiro foca na proteção de interesses patrimoniais privados como forma de incentivar o comércio e desenvolvimento econômico internacional, enquanto o segundo se preocupa com a conservação da biodiversidade e o desenvolvimento sustentável.

O presente artigo foca no regime de propriedade e exploração comercial de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados. Partindo de uma análise sistêmica das normas aplicáveis, busca-se identificar quais lições podem ser aproveitadas da experiência internacional. Em particular, pretende-se verificar de que maneira os acordos de livre comércio celebrados por países latino-americanos podem servir de baliza para novos tratados. A análise é focada nos dados relativos a acordos regionais ou bilaterais que contêm dispositivos de proteção de biodiversidade e conhecimentos tradicionais. A leitura inicial sugere que o Peru e a Colômbia obtiveram êxito em salvaguardar o interesse de suas comunidades tradicionais em acordos celebrados com os Estados Unidos.

O artigo está estruturado em mais três seções, além desta introdução. A segunda seção analisa o contexto histórico dos diferentes sistemas de preservação de conhecimentos tradicionais adotados em âmbito mundial, baseados na proteção da biodiversidade e da propriedade intelectual. A terceira seção examina de que forma a preocupação com conhecimentos tradicionais tem impactado na celebração de acordos internacionais de livre comércio, tendo como parâmetro os acordos celebrados por Peru

[9] DUTFIELD, Graham. TRIPS-related aspects of traditional knowledge. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 33, n. 2, p. 233–275, 2001, p. 238.

[10] CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Convenção sobre Mudanças Climáticas e sobre Diversidade Biológica.** Rio de Janeiro: 1992. Disponível em: https://bit.ly/2SYY2Fo. Acesso em: 18 de maio de 2021

e Colômbia com os Estados Unidos em 2006. A quarta e última seção traz as conclusões sobre o tema.

## 2. Sistemas de proteção de conhecimentos tradicionais

Esta seção analisará o contexto histórico dos diferentes sistemas de preservação de conhecimentos tradicionais adotados hoje. Na primeira parte, será traçado breve panorama da evolução do debate sobre conhecimentos tradicionais no âmbito da Convenção sobre Mudanças Climáticas e sobre Diversidade Biológica (CDB), pensada para garantir o uso sustentável da biodiversidade (item 2.1.). A segunda parte analisará de que forma o sistema de proteção intelectual está sendo utilizado para proteger os interesses de comunidades locais (item 2.2.).

### 2.1. Conhecimentos tradicionais e uso sustentável da biodiversidade

A discussão sobre a necessidade de proteção dos conhecimentos tradicionais não é nova. Muller traça sua origem à década de 60, quando a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO, no acrônimo em inglês) combinaram esforços para criar mecanismos para proteger expressões do folclore em escala global[11]. Esse esforço resultou em diretrizes internacionais reconhecendo que a importância social, cultural e econômica da cultura tradicional[12].

O interesse na questão de conhecimentos tradicionais foi renovado na década de 80, por ocasião do debate no âmbito da Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO, também no acrônimo em inglês) em torno de direitos e contribuições[13] de pequenos agricultores para a conservação e desenvolvimento recursos

[11] MULLER, Manuel Ruiz. **Protecting shared traditional knowledge: issues, challenges and options**. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2013, p. 4.

[12] TEDESCHI, Patrícia Pereira. A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore. **Revista de Informação Legislativa**, [s. l.], n. 184, 2009, p. 246.

[13] De acordo com Manuela Cunha, a proclamação da FAO dos direitos dos agricultores de serem recompensados pela sua contribuição ao desenvolvimento de variedades úteis deu início à chamada "guerra

fitogenéticos para a alimentação e a agricultura[14]. As discussões na FAO posteriormente culminaram no Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura de 2001[15].

Silvia Zanirato e Wagner Ribeiro apontam que a década de 80 também testemunhou o aumento da participação de movimentos sociais e ambientalistas em discussões relacionadas ao desenvolvimento econômico realizadas em fóruns internacionais[16]. Dando voz e visibilidade a comunidades indígenas, esses movimentos sociais foram fundamentais para que o tema de conhecimentos tradicionais entrasse definitivamente para o vocabulário da diplomacia internacional. O pináculo dessa discussão foi a adoção da CDB na Conferência Rio-1992.

A CDB foi o primeiro tratado internacional a reconhecer especificamente o papel de práticas, inovações e conhecimentos de comunidades locais e populações indígenas na conservação da biodiversidade e no desenvolvimento sustentável. Foi também o primeiro tratado a estabelecer de forma textual e direta a necessidade de preservar os direitos das comunidades detentoras dos conhecimentos tradicionais, incentivando a ampliação de seu uso consentido mediante a repartição dos benefícios oriundos desses conhecimentos.

Os objetivos da CDB foram aprofundados pelo Protocolo de Nagoya de 2010, que detalhou regras voltadas à repartição dos benefícios decorrentes da utilização de recursos genéticos[17]. Em particular, o Protocolo de Nagoya reiterou a soberania dos países sobre os recursos genéticos de sua biodiversidade e reforçou a importância do consentimento prévio – tanto do país soberano quanto das comunidades locais – para o

---

das sementes" (CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 13, n. 35, 1999, p. 155).

[14] MATHUR, Ajeet. **Missing markets in world trade the case for "Sui generis" protection of traditional knowledge**. [S. l.: s. n.], 2004, p. 32. Disponível em: https://bit.ly/3otFM2z. Acesso em: 18 de maio de 2021.

[15] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA. **Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura.** Roma: 2001, p. 28. Disponível em: https://bit.ly/3or7v3T. Acesso em: 18 de maio de 2021.

[16] ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. **Ambiente & Sociedade**, [s. l.], v. 10, n. 1, 2007,

[17] CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. **Protocolo de Nagoya sobre acesso a recursos genéticos e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização à convenção sobre diversidade biológica.** Nagoya: 2010.

uso do conhecimento tradicional associado[18]. Não há obrigatoriedade de os benefícios compartilhados serem financeiros[19].

O advento da CDB e do Protocolo de Nagoya teve profundo impacto na dinâmica entre países produtores e consumidores de biotecnologia, e entre eles e as comunidades detentoras dos conhecimentos que dão origem a novos produtos. Manuela Cunha atribui a esses tratados a solução de dicotomia de longa data entre interesses públicos e privados quanto ao uso de conhecimentos tradicionais, que eram historicamente vistos como sendo de domínio público; ao mesmo tempo, esses recursos serviam de matéria prima para produtos patenteáveis. Em suas palavras: "a tecnologia se pagava, enquanto o germoplasma era de graça"[20].

Vitor Henrique Ido associa a CDB a visão otimista, em que recursos genéticos e conhecimentos tradicionais podem servir de força motriz para o desenvolvimento econômico de comunidades e países detentores de grande biodiversidade. Ido chama esse processo de "indigenização do direito", haja vista o potencial transformador do direito e da própria modernidade por influências indígenas. Nesse sentido, o uso de instrumentos jurídicos por povos tradicionais subverte conceitos legais de propriedade intelectual[21].

## 2.2. Conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual

O regime internacional de propriedade intelectual foi criado pelo Acordo TRIPS, negociado no final da Rodada Uruguai no Acordo Geral de Tarifas e Troca (GATT, no acrônimo em inglês) em 1994. Resultado de intensas pressões por parte dos Estados Unidos e de outros países desenvolvidos, o Acordo TRIPS estabelece padrões mínimos de proteção aos direitos de propriedade intelectual a serem cumpridos por todos

[18] RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira**. Brasília: Ministério da Justiça, 2010, p. 40.

[19] O artigo 5(4) do Protocolo de Nagoya é claro em dizer que "benefícios podem incluir benefícios monetários e não monetários".

[20] CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 13, n. 35, 1999, p. 148.

[21] IDO, Vitor Henrique Pinto. Direitos intelectuais indígenas no Brasil: instrumentos jurídicos e conflitos ontológicos. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [s. l.], v. 5, n. 3, 2018, p. 180.

os países que busquem acessar os mercados internacionais abertos pela Organização Mundial do Comércio (OMC)[22].

Os institutos de proteção da propriedade intelectual buscam resguardar interesses patrimoniais de indivíduos ou empresas envolvidos na criação industrial, científica, literária ou artística. O uso desses mecanismos exige a identificação do criador, que será o titular dos direitos de uso, reprodução e exploração econômica. Também são exigidos atos de criação bem definidos, que deverão ser descritos nos pedidos de registro de propriedade intelectual. No entanto, essas exigências são dificilmente atendidas por conhecimentos tradicionais.

De acordo com Daniel Gervais, raramente é possível identificar os criadores originais dos conhecimentos transmitidos e aprimorados de uma geração para outra[23]. A própria organização social das comunidades vai contra o caráter individualista do regime de proteção individual, haja vista o caráter coletivo da produção do conhecimento tradicional. Além disso, o conhecimento e as práticas são quase sempre amorfos – o que torna difícil, para não dizer impossível, circunscrevê-los para fins de registro de propriedade intelectual.

Em virtude dessas características, os sistemas convencionais de propriedade intelectual historicamente consideravam conhecimentos tradicionais como sendo de domínio público[24]. Essa interpretação dava azo à apropriação indevida de conhecimentos tradicionais e, por isso, era alvo de críticas por povos indígenas e países megadiversos. A tentativa de conciliar essas preocupações com o regime de propriedade intelectual é

[22] Como aponta Steven Ratuva, a inclusão de direitos de propriedade intelectual no escopo de tratados comerciais resultou na internacionalização de patentes e abriu as portas para a mercantilização do conhecimento (RATUVA, Steven. Commodifying cultural knowledge: corporatised western science and Pacific indigenous knowledge. **International Social Science Journal**, [s. l.], v. 60, n. 195, 2009, p. 156).

[23] GERVAIS, Daniel. Traditional knowledge & intellectual property: a TRIPS- compatible approach. **Michigan State Law Review**, East Lansing, 2005, p. 141.

[24] DUTFIELD, Graham. TRIPS-related aspects of traditional knowledge. **Case Western Reserve Journal of International Law**, v. 33, n. 2, p. 233–275, 2001, p. 238.

consubstanciada em duas estratégias de proteção de conhecimentos tradicionais: a proteção positiva e a proteção defensiva[25].

A proteção positiva visa garantir que comunidades tradicionais possam explorar os direitos associados aos seus conhecimentos. Essa proteção se dá por meio de instrumentos jurídicos de proteção de propriedade intelectual já existentes, como registros de marcas, patentes ou indicações geográficas[26]. Também pode ser realizada por meio de normas *sui generis* desenvolvidas especificamente para esse fim ou pelo uso de contratos de natureza variada, como contratos de repartição de benefícios e protocolos comunitários de consulta[27].

Por sua vez, a proteção defensiva refere-se a medidas para prevenir ou reverter a concessão ilegítima de direitos de propriedade intelectual sobre elementos de conhecimentos tradicionais[28]. Exemplos de medidas defensivas são bancos de dados criados para impedir a concessão indevida de direitos de propriedade intelectual baseados em conhecimentos tradicionais. O mais conhecido é a Biblioteca de Conhecimentos Tradicionais da Índia, que já impediu o registro de aproximadamente 300 patentes errôneas[29].

Uma outra maneira de evitar a apropriação indevida de conhecimentos tradicionais é a exigência de divulgação da origem de conhecimentos tradicionais utilizados no desenvolvimento de invenções patenteáveis. Países megadiversos como Brasil e Índia têm pressionado para que o Acordo TRIPS seja alterado para incluir esse requisito, mas a proposição enfrenta forte resistência por parte de países desenvolvidos

[25] VIVAS-EUGUI, David; OLIVA, Maria Julia. **Biodiversity related intellectual property provisions in free trade agreements.** Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010, p. 3.

[26] CURCI, Jonathan. **The protection of biodiversity and traditional knowledge in international law of intellectual property**. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 276.

[27] IDO, Vitor Henrique Pinto. Direitos intelectuais indígenas no Brasil: instrumentos jurídicos e conflitos ontológicos. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [s. l.], v. 5, n. 3, 2018, p. 181.

[28] Também pode ser usada para proteger manifestações culturais, impedindo que sejam registradas como marcas de comércio (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual.** Genebra: [s. n.], 2016, p. 2).

[29] MULLER, Manuel Ruiz. **Protecting shared traditional knowledge: issues, challenges and options**. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2013, p. 6.

sob o argumento de que tal exigência pode tornar o processo inventivo mais caro e burocrático[30].

Por conta dessas resistências, o tema passou a ser tratado com cada vez mais frequência no âmbito de negociações bilaterais de acordos comerciais entre países e blocos econômicos. Nessa seara, países em desenvolvimento têm obtido resultados positivos na defesa de seus legítimos interesses[31]. Esse movimento subverteu a lógica predominante de que os acordos que expandiram o escopo de proteção de propriedade intelectual em relação ao TRIPS – chamados de TRIPS-plus e TRIPS-extra – só beneficiariam os interesses de países desenvolvidos.

## 3. O uso de acordos de comércio internacional para proteger conhecimentos tradicionais

Ao longo dos últimos 20 anos, países desenvolvidos e em desenvolvimento passaram a adotar posições antagônicas no que diz respeito à proteção concedida aos direitos de propriedade intelectual[32]. Liderados por Estados Unidos e União Europeia, países do Norte desenvolvido passaram a defender a necessidade de aprofundar as salvaguardas impostas pelo Acordo TRIPS. Para tanto, passaram a reivindicar a extensão da duração de direitos autorais, o fortalecimento de direitos de patentes e a ampliação do escopo de marcas registradas.

Essa postura enfrentou forte resistência de países do Sul, detentores de grande biodiversidade e historicamente menos desenvolvidos. Morin e Surbeck acreditam que a resistência dos países mais pobres resultava do interesse em replicar inovações estrangeiras para desenvolver suas próprias capacidades tecnológicas, beneficiando-se de

[30] GEBRU, Aman. The Global Protection of Traditional Knowledge: searching for the minimum consensus. **The John Marshall Review of Intellectual Property Law**, Chicago, v. 42, n. 17, 2017, p. 61. Disponível em: https://bit.ly/3f2HIMi. Acesso em 19 de maio de 2021.

[31] SANABRIA, Diego Francoise Ortega. Trend on the protection of traditional knowledge associated with genetic resources within intellectual property chapters of Free Trade Agreements: The Peruvian experience. **Journal of Intellectual Property Law and Practice, Oxford**, v. 14, n. 9, 2019, p. 728.

[32] MORIN, Jean-Frédéric; THÉRIAULT, Dimitri. **How trade deals extend the frontiers of international patent law**: CIGI Papers. Waterloo: [s. n.], 2018, p. 2.

preços mais baixos[33]. Quaisquer que fossem suas motivações, países em desenvolvimento foram bem-sucedidos em bloquear iniciativas de expansão das obrigações TRIPS em fóruns multilaterais.

Em resposta a esse impasse, os países desenvolvidos mudaram o foco de discussões multilaterais e globalizadas realizadas no âmbito de organizações como OMC e OMPI para negociações bilaterais e regionalizadas entre países e blocos econômicos. Esse movimento foi incentivado pelos Estados Unidos, que durante a administração Bush (2001-2009) viu a celebração de acordos comerciais como ponto crucial de sua política externa[34]. Esses acordos traziam a oportunidade ideal para garantir proteção mais ampla aos interesses norte-americanos.

Com efeito, a postura dos Estados Unidos sempre foi buscar manter sua liderança mundial no número de patentes. Para alcançar esse objetivo, as negociações estado-unidenses de acordos bilaterais de comércio são focadas na expansão dos padrões de proteção impostos pelo Acordo TRIPS, introduzindo requisitos mais onerosos e reduzindo a flexibilidade dos parceiros de incorporam mudanças[35]. Os acordos bilaterais também são usados para garantir a adesão ou ratificação de diferentes acordos de proteção intelectual pelos signatários[36].

O termo "TRIPS-plus" é usado para designar as exigências de proteção de direito intelectual que vão além do padrão mínimo imposto pelo Acordo TRIPS. A

---

[33] MORIN, Jean Frédéric; SURBECK, Jenny. Mapping the New Frontier of International IP Law: Introducing a TRIPs-plus Dataset. **World Trade Review**, [s. l.], v. 19, n. 1. Disponível em: https://bit.ly/3bQU9IW. Acesso em 18 mai. 2021, p. 109.

[34] MORIN, Jean-Frédéric; THÉRIAULT, Dimitri. **How trade deals extend the frontiers of international patent law**: CIGI Papers. Waterloo: [s. n.], 2018, p. 4.

[35] VIVAS-EUGUI, David; OLIVA, Maria Julia. **Biodiversity related intellectual property provisions in free trade agreements**. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010, p.5.

[36] De modo geral, os acordos comerciais celebrados pelos Estados Unidos traz a previsão de que os signatários devem aderir ou ratificar os seguintes tratados: (i) Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (1970); (ii) Convenção sobre Distribuição de Sinais Condutores de Programas Transmitidos por Satélites (1974); (iii) Tratado de Budapeste sobre o Reconhecimento Internacional do Depósito de Microrganismos para Efeitos do Procedimento em Matéria de Patentes (1977); (iv) Acordo de Madrid relativo ao Registro Internacional de Marcas (1989); (v) Convenção Internacional para Proteção de Novas Variedades de Plantas (1991); (vi) Tratado de Lei de Marca Registrada (1994); (vii) Acordo de Direitos Autorais da OMPI (1996); (viii) Tratado da OMPI sobre Performances e Fonogramas (1996); (ix) Acordo de Haia Referente ao Registo Internacional dos Desenhos e Modelos Industriais (1999); e (x) Tratado de Lei de Patente (2000).

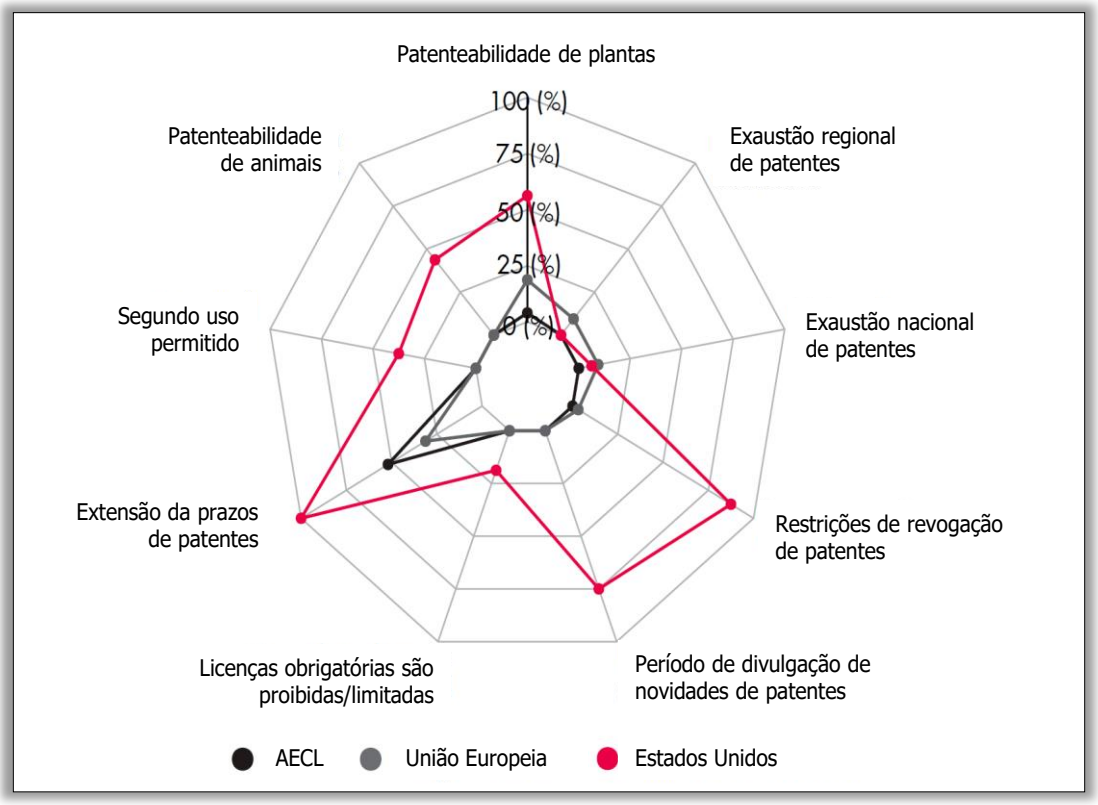
adoção desse tipo de obrigação também passou a ser difundido nos acordos comerciais negociados por União Europeia e Associação Europeia de Comércio Livre (AECL) 37 a partir da assinatura do Tratado de Lisboa em 2007. No entanto, esse alinhamento quanto à adoção de obrigações TRIPS-plus não foi espelhado na preferência de cada parte quanto ao tipo de proteção almejada.

Análise realizada por Morin e Thériault com base em mais de 50 acordos comerciais celebrados entre 1990 e 2017 mostra o impacto que prioridades e legislações domésticas têm nas preferências de cada ator internacional[38]. Elaborada pelos autores, a Figura 1 retrata a frequência das exigências TRIPS-plus nos acordos celebrados por AECL, União Europeia e Estados Unidos. Há divergência em vários pontos como a patenteabilidade de animais, mas os três atores convergem no interesse pela extensão da duração de patentes.

[37] Bloco econômico europeu composto por Suíça, Noruega, Islândia e Liechtenstein (EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION. **EFTA**. [S. l.], [s. d.]. Disponível em: https://www.efta.int/. Acesso em: 17 de maio 2de 021).

[38] MORIN, Jean-Frédéric; THÉRIAULT, Dimitri. **How trade deals extend the frontiers of international patent law**: CIGI Papers. Waterloo: [s. n.], 2018, p. 5.

**Figura 1 – Frequência das exigências *TRIPS-plus* desde 2000**




Fonte: Morin e Thériault, 2018[39].

O impacto das obrigações TRIPS-plus no cenário mundial é significativo, especialmente diante da cláusula de nação mais favorecida previsto no Acordo TRIPS. Por conta desse princípio, qualquer proteção adicional à propriedade intelectual que venha a ser acordada em acordos bilaterais entre países membros da OMC deverá também ser concedida aos demais membros da organização. Cada novo acordo de livre comércio tem o potencial de limitar cada vez mais a discricionaridade dos países na definição de políticas de propriedade intelectual.

Esse ponto é particularmente relevante para a defesa de conhecimentos tradicionais por países em desenvolvimento. David Vivas-Eugui e Maria Julia Olivia

[39] MORIN, Jean-Frédéric; THÉRIAULT, Dimitri. **How trade deals extend the frontiers of international patent law**: CIGI Papers. Waterloo: [s. n.], 2018, p. 5.

apontam que a adoção de novas regras de propriedade intelectual em acordos bilaterais pode servir para fomentar o reconhecimento e proteção da importância econômica de recursos genéticos e conhecimentos associados. No entanto, alertam para a necessidade de que tais acordos aperfeiçoem medidas para prevenir ou interromper a apropriação indevida desses recursos[40].

A preocupação com a biopirataria tem sido a força motriz na negociação de tratados comerciais por países em desenvolvimento. Nesse sentido, os países megadiversos tem se esforçado para incluir dispositivos que assegurem a plena observância das regras criadas pela CDB e pelo Protocolo de Nagoya em relação à necessidade de consentimento prévio informado dos detentores de conhecimentos tradicionais e à exigência de compartilhamento dos benefícios resultantes de novos produtos desenvolvidos com bases nesses conhecimentos[41].

Cervantes e Grain fazem crítica contundente à postura adotada por países em desenvolvimento nas negociações de acordos comerciais com países desenvolvidos, especialmente com os Estados Unidos[42]. Julgando-se detentores de posição privilegiada no mercado internacional, países em desenvolvimento acabam concordando com termos que não previnem a apropriação indevida de conhecimentos tradicionais e acabam fortalecendo os objetivos dos países desenvolvidos. De acordo com os autores, a visão ingênua dos países em desenvolvimento tem facilitado a privatização de recursos genéticos e conhecimento local.

Não obstante as críticas, é inegável que a discussão sobre proteção de recursos genéticos e conhecimentos tradicionais tem se tornado cada vez mais comum. Jean-Frédéric Morin e Mathilde Gauquelin analisaram mais de 647 acordos comerciais

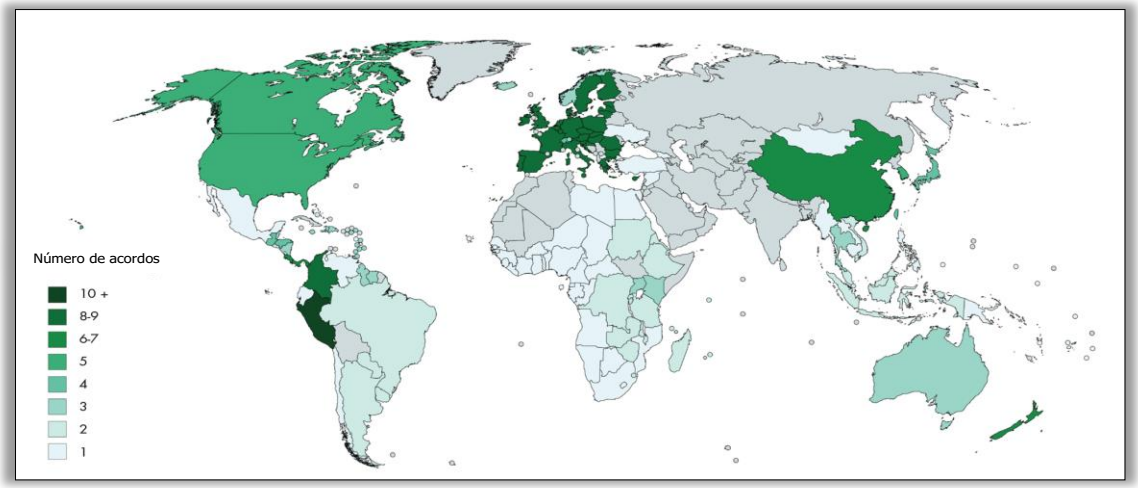
[40] VIVAS-EUGUI, David; OLIVA, Maria Julia. **Biodiversity related intellectual property provisions in free trade agreements**. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010, p. 2.

[41] SANABRIA, Diego Francoise Ortega. Trend on the protection of traditional knowledge associated with genetic resources within intellectual property chapters of Free Trade Agreements: The Peruvian experience. **Journal of Intellectual Property Law and Practice**, Oxford, v. 14, n. 9, 2019, p. 729.

[42] CERVANTES, Silvia Rodríguez; GRAIN. **FTAs: trading away traditional knowledge.** [s. l.], n. March, 2006. Disponível em: https://bit.ly/33US8qM, p. 15. Acesso em: 17de maio de 2021.

celebrados e identificaram 50 tratados sobre o tema (Figura 2)[43]. Mais da metade desses acordos foram celebrados por países latino americanos, dos quais o Peru é o país que esteve à frente de maior número de negociações relacionadas a conhecimentos tradicionais. A liderança peruana está diretamente relacionada às diretrizes estabelecidas em 1996 pela Comunidade Andina de Nações, que visavam salvaguardar o correto acesso aos seus recursos genéticos e conhecimentos tradicionais[44].

**Figura 2 – Acordos com dispositivos sobre conhecimentos tradicionais**




Fonte: Morin e Thériault, 2016[45].

Tradicionalmente, acordos que tratam da proteção de conhecimentos tradicionais podem expressar obrigações concretas ou mera intenções. Tratados celebrados entre países em desenvolvimento tendem a conter previsões específicas dos deveres de cada parte para fomentar e proteger o acesso a conhecimentos tradicionais; quando o eixo dos acordos muda para países Norte-Sul, os dispositivos passam a ser mais

[43] MORIN, Jean-Frédéric; GAUQUELIN, Mathilde. **Trade Agreements as Vectors for the Nagoya Protocol's Implementation**: CIGI Papers. Waterloo: [s. n.], 2016, p. 2.

[44] SANABRIA, Diego Francoise Ortega. Trend on the protection of traditional knowledge associated with genetic resources within intellectual property chapters of Free Trade Agreements: The Peruvian experience. **Journal of Intellectual Property Law and Practice**, Oxford, v. 14, n. 9, 2019, p. 728.

[45] MORIN, Jean-Frédéric; GAUQUELIN, Mathilde. **Trade Agreements as Vectors for the Nagoya Protocol's Implementation**: CIGI Papers. Waterloo: [s. n.], 2016, p. 2.

genéricos e relacionados ao reconhecimento da importância do tema e à adoção de "melhores esforços" para evitar apropriação indevida[46].

Essa distinção se faz notar com mais força nos tratados em que os Estados Unidos são parte[47]. Ao mesmo tempo em que pressionam outros países a adotarem regras mais rígidas na proteção de propriedade intelectual, os Estados Unidos relutam em admitir a inclusão de dispositivos que possam – ainda que indiretamente – criar obrigações que possam restringir a possibilidade de concessão de patentes a produtos desenvolvidos por empresas norte-americanas[48]. Não por acaso, os Estados Unidos assinaram, mas não ratificaram a CDB[49].

Justamente por isso, os acordos de livre comércio celebrados entre Estados Unidos, Peru e Colômbia em 2006 são considerados marcos importantes na proteção internacional de conhecimentos tradicionais[50]. Pela primeira vez, os Estados Unidos reconheceram a importância de temas afeitos à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais associados no escopo de acordos bilaterais de comércio[51]. Ainda assim, esse reconhecimento não representou uma mudança significativa na postura adotada por Washington.

Os dispositivos pertinentes a recursos genéticos e conhecimentos tradicionais são idênticos nos acordos com Peru e Colômbia (Quadro 1). Em ambos os casos, essas questões foram tratadas em cartas de intenções separadas e não no corpo dos referidos

---

[46] MORIN, Jean-Frédéric; THÉRIAULT, Dimitri. **How trade deals extend the frontiers of international patent law**: CIGI Papers. Waterloo: [s. n.], 2018, p. 7.

[47] CERVANTES, Silvia Rodríguez; GRAIN. **FTAs: trading away traditional knowledge.** [s. l.], n. March, 2006. Disponível em: https://bit.ly/33US8qM, p. 3. Acesso em: 17de maio de 2021.

[48] SANABRIA, Diego Francoise Ortega. Trend on the protection of traditional knowledge associated with genetic resources within intellectual property chapters of Free Trade Agreements: The Peruvian experience. **Journal of Intellectual Property Law and Practice**, Oxford, v. 14, n. 9, 2019, p. 730.

[49] VIVAS-EUGUI, David; OLIVA, Maria Julia. **Biodiversity related intellectual property provisions in free trade agreements**. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010, p. 7.

[50] ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO ESTADOS UNIDOS-PERU. Washington: 2006. Disponível em: https://bit.ly/3fnyiKf. Acesso em: 16de maio de 2021. ACORDO DE PROMOÇÃO COMERCIAL ESTADOS UNIDOS-COLÔMBIA. Washington: 2006. Disponível em: https://bit.ly/3bsr4TZ. Acesso em: 16 de maio de 2021.

[51] VIVAS-EUGUI, David; OLIVA, Maria Julia. **Biodiversity related intellectual property provisions in free trade agreements**. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010, p. 7.

tratados comerciais. Essa estrutura foi proposital: ao não incluírem tais dispositivos no texto dos tratados, os signatários evitaram a incidência do princípio da nação mais favorecida previsto no Acordo TRIPS que automaticamente estenderia a aplicação do acordo para todos os países membros da OMC[52].

**Quadro 1 – Carta de intenções sobre biodiversidade e conhecimentos tradicionais**

| |
|---|
| "As Partes reconhecem a importância dos conhecimentos tradicionais e da biodiversidade, bem como a contribuição potencial dos conhecimentos tradicionais e da biodiversidade para o desenvolvimento cultural, econômico e social.<br><br>As Partes reconhecem a importância do seguinte: (1) obter consentimento informado da autoridade apropriada antes de acessar os recursos genéticos sob o controle dessa autoridade; (2) repartir equitativamente os benefícios decorrentes do uso do conhecimento tradicional e dos recursos genéticos; e (3) promover o exame de patentes para garantir que as condições de patenteabilidade sejam satisfeitas.<br><br>As Partes reconhecem que o acesso aos recursos genéticos ou conhecimento tradicional, bem como a repartição equitativa dos benefícios que podem resultar do uso desses recursos ou conhecimento, podem ser adequadamente tratados por meio de contratos que refletem termos mutuamente acordados entre usuários e fornecedores.<br><br>Cada Parte se empenhará em buscar maneiras de compartilhar informações que possam ter relação com a patenteabilidade de invenções baseadas em conhecimentos tradicionais ou recursos genéticos, fornecendo: (a) bancos de dados acessíveis ao público que contenham informações relevantes; e (b) a oportunidade de citar, por escrito, para a autoridade examinadora competente o estado da técnica que possa ter relação com a patenteabilidade". |

Fonte: Elaboração do autor; tradução livre do texto dos acordos.

Além disso, o texto dos referidos dispositivos deixa claro que são meras expressões de intenções dos signatários, que não criam nenhuma obrigação tangível ou mensurável para as partes. Não há nada, por exemplo, que obrigue os Estados Unidos a consultar Peru ou Colômbia sobre patenteabilidade de invenções baseadas em

[52] SANABRIA, Diego Francoise Ortega. Trend on the protection of traditional knowledge associated with genetic resources within intellectual property chapters of Free Trade Agreements: The Peruvian experience. **Journal of Intellectual Property Law and Practice**, Oxford, v. 14, n. 9, 2019, p. 731.

conhecimentos tradicionais ou recursos genéticos[53]. Quando muito, os entendimentos previstos nas cartas de intenções servirão como parâmetro para interpretação dos objetivos e obrigações específicas dos acordos comerciais[54].

Diante desse contexto, estudiosos colocam em dúvida a utilidade desses acordos comerciais para resguardar os interesses de comunidades tradicionais. David Vivas-Eugui e Maria Julia Olivia ponderam ser difícil avaliar se o progresso feito por Peru e Colômbia em suas cartas de intenções oferece um "trade-off" equilibrado diante das restrições impostas pelos acordos em relação ao regime de proteção intelectual. Como bem indicam, o espaço de manobra dos países megadiversos em fóruns multilaterais acaba sendo significativamente restringido[55].

Diego Sanabria reconhece as dificuldades de países em desenvolvimento de impor seus interesses no que diz respeito à obrigatoriedade compartilhamento de benefícios e consentimento prévio dos detentores de conhecimento tradicional. Ainda assim, aponta que a falta de dispositivos vinculantes sobre o tema nem mesmo têm potencial para estabelecer conexão efetiva entre o sistema de patentes e a proteção de conhecimentos tradicionais. Não por acaso, os Estados Unidos não adotaram nenhuma regra para dar efetividade às cartas de intenções – ao contrário das suas contrapartes latino-americanas[56].

No entanto, a crítica mais direta e contundente a esses acordos vem de Silvia Rodríguez Cervantes e da organização não-governamental Grain, que classificaram de "besteira" a noção de que os Estados Unidos teriam cedido algo minimamente significante ao aceitar a inclusão de alguns conceitos controversos sobre biodiversidade

[53] CERVANTES, Silvia Rodríguez; GRAIN. **FTAs: trading away traditional knowledge.** [s. l.], n. March, 2006. Disponível em: https://bit.ly/33US8qM, p. 10. Acesso em: 17de maio de 2021.

[54] VIVAS-EUGUI, David; OLIVA, Maria Julia. **Biodiversity related intellectual property provisions in free trade agreements**. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010, p. 32.

[55] VIVAS-EUGUI, David; OLIVA, Maria Julia. **Biodiversity related intellectual property provisions in free trade agreements**. Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010, p. 32.

[56] SANABRIA, Diego Francoise Ortega. Trend on the protection of traditional knowledge associated with genetic resources within intellectual property chapters of Free Trade Agreements: The Peruvian experience. **Journal of Intellectual Property Law and Practice**, Oxford, v. 14, n. 9, 2019, p. 732.

e conhecimento tradicional[57]. As autoras entendem ser grave erro estratégico dos países em desenvolvimento adotar visão mercantilista segundo a qual os conhecimentos tradicionais só têm valor e merecem proteção enquanto produtos a serem comercializados: "ao adotar a origem do problema como solução, esses governos estão declarando vitória para os EUA e outras potências industrializadas"[58].

Em que pesem as críticas feitas à postura de Peru e Colômbia, os dois países andinos estão à frente de seus pares latino-americanos no debate sobre o uso de acordos de comércio internacional na proteção de conhecimentos tradicionais. Isso é particularmente verdadeiro no caso do Brasil, em que nenhum dos acordos de comércio internacional celebrados de forma independente ou como parte do Mercado Comum do Sul (Mercosul) entre 1947 e 2018 tratam diretamente sobre a defesa de conhecimentos tradicionais[59].

Nesse contexto, o recente acordo entre Mercosul e União Europeia representa importante avanço ao prever que as partes promoverão a distribuição justa e equitativa dos benefícios decorrentes do uso de recursos genéticos, bem como adotarão medidas para garantir o consentimento prévio e informado dos detentores de tais recursos. No entanto, o texto do acordo ainda aguarda aval dos parlamentos de todos os países dos dois blocos comuns para ser revisado e entrar em vigor.

## 4. Conclusão

A relevância dos conhecimentos tradicionais como fonte potencial de riqueza e inovação é inquestionável, especialmente para os países detentores de grande biodiversidade. Como visto, a perspectiva é que o mercado mundial de medicamentos

[57] "Alguns disseram que a mera aceitação pelos EUA de uma série de conceitos controversos sobre biodiversidade e conhecimento tradicional em um acordo bilateral de livre comércio é uma conquista. Isso é besteira. Foi o governo peruano que cedeu, por meio de um tratado bilateral, às posições há muito defendidas pelos EUA nos corredores dos fóruns multilaterais" (CERVANTES, Silvia Rodríguez; GRAIN. **FTAs: trading away traditional knowledge.** [s. l.], n. March, 2006. Disponível em: https://bit.ly/33US8qM, p. 10, tradução livre).

[58] CERVANTES, Silvia Rodríguez; GRAIN. **FTAs: trading away traditional knowledge.** [s. l.], n. March, 2006. Disponível em: https://bit.ly/33US8qM, p. 16.

[59] MORIN, Jean-Frédéric; DÜR, Andreas; LECHNER, Lisa. Mapping the trade and environment nexus: insights from a new data set. **Global Environmental Politics**, [s. l.], v. 18, n. 1, p. 122–133, 2018.

fitoterápicos alcance a marca de meio trilhão de dólares em menos de uma década – e este é apenas um dos mercados impactados por recursos genéticos e conhecimentos tradicionais associados. Nesse contexto e por qualquer métrica adotada, é do melhor interesse dos países em desenvolvimento garantir a proteção dos conhecimentos tradicionais e evitar a apropriação indevida desses recursos.

O presente artigo procurou entender de que maneira a interação entre os sistemas de proteção da biodiversidade e da propriedade intelectual podem ser utilizados para resguardar os interesses de comunidades tradicionais. Em particular, procurou-se extrair lições dos acordos de livre comércio celebrados entre Estados Unidos e países latino-americanos. E aqui, é preciso dar a César o que é de César. Até a celebração dos acordos com Peru e Colômbia em 1996, os Estados Unidos nunca haviam aceitado incluir dispositivos relacionados à preservação da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados em acordos comerciais.

Nesse sentido, os referidos acordos com Peru e Colômbia em 1996 representaram avanço. Dito isso, é preciso dimensionar corretamente esse avanço. Infelizmente, tudo indica que foi pouco relevante. Com efeito, a inclusão dos dispositivos relacionados aos conhecimentos tradicionais fora do escopo dos acordos e a ausência de obrigações concretas relacionadas à proteção desses interesses foram insuficientes para que os Estados Unidos mudassem sua postura.

Em contrapartida, as obrigações adicionais de proteção da propriedade intelectual introduzidas por meio desses acordos aumentaram substancialmente o ônus dos países em desenvolvimento signatários e restringiram ainda mais suas autonomias para tratar do assunto em âmbito doméstico ou em negociações com outros países ou blocos econômicos. O aparente avanço em fazer constar o tema numa carta de intenções trouxe consigo um elevado custo, numa verdadeira vitória pírrica.

**Referências bibliográficas**

ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO ESTADOS UNIDOS-PERU. Washington: 2006. Disponível em: https://bit.ly/3fnyiKf.

ACORDO DE PROMOÇÃO COMERCIAL ESTADOS UNIDOS-COLÔMBIA. Washington: 2006. Disponível em: https://bit.ly/3bsr4TZ..

CARVALHO, Ana Cecília Bezerra *et al. The Brazilian market of herbal medicinal products and the impacts of the new legislation on traditional medicines.* ***Journal of Ethnopharmacology***, [*s. l.*], v. 212, p. 29–35, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3ymmhh1.

CERVANTES, Silvia Rodríguez; GRAIN. ***FTAs: trading away traditional knowledge***. [*s. l.*], n. March, p. 16, 2006. Disponível em: https://bit.ly/33US8qM.

*COMMISSION ON TRADE IN GOODS AND SERVICES AND COMMODITIES.* ***Systems and national experiences for protecting traditional knowledge, innovations and practices***. Genebra: 2000. Disponível em: https://bit.ly/2SYKYzO.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA. **Protocolo de Nagoya sobre acesso a recursos genéticos e repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização à convenção sobre diversidade biológica.** Nagoya: 2010.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Populações tradicionais e a Convenção da Diversidade Biológica. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 13, n. 35, p. 157–165, 1999.

CURCI, Jonathan. ***The protection of biodiversity and traditional knowledge in international law of intellectual property.*** *New York: Cambridge University Press*, 2010.

DUTFIELD, Graham. *TRIPS-related aspects of traditional knowledge.* ***Case Western Reserve Journal of International Law***, v. 33, n. 2, p. 233–275, 2001.

*EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION*. ***EFTA***. [*S. l.*], [*s. d.*]. Disponível em: https://www.efta.int/.

GEBRU, Aman. *The Global Protection of Traditional Knowledge: searching for the minimum consensus.* ***The John Marshall Review of Intellectual Property Law***, Chicago, v. 42, n. 17, p. 42-51, 2017. Disponível em: https://bit.ly/3f2HIMi.

GERVAIS, Daniel. ***Traditional knowledge & intellectual property: a TRIPS- compatible approach.*** *Michigan State Law Review, East Lansing*, p. 137–166, 2005.

IDO, Vitor Henrique Pinto. Direitos intelectuais indígenas no Brasil: instrumentos jurídicos e conflitos ontológicos. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, [s. l.], v. 5, n. 3, p. 176–186, 2018.

*INSIGHTSLICE PARTNERING INTELLIGENCE.* ***Herbal medicine market global sales are expected to reach us$ 550 billion by 2030, as stated by insightSLICE***. Disponível em: https://bit.ly/33NbQoC.

MATHUR, Ajeet. ***Missing markets in world trade the case for "Sui generis" protection of traditional knowledge*****.** [S. l.: s. n.], 2004. Disponível em: https://bit.ly/3otFM2z.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Biodiversidade brasileira.** Disponível em: https://bit.ly/3hzBm90.

MORIN, Jean-Frédéric; DÜR, Andreas; LECHNER, Lisa. *Mapping the trade and environment nexus: insights from a new data set.* ***Global Environmental Politics***, [s. l.], v. 18, n. 1, p. 122–133, 2018.

MORIN, Jean-Frédéric; GAUQUELIN, Mathilde. ***Trade Agreements as Vectors for the Nagoya Protocol's Implementation****: CIGI Papers. Waterloo*: [*s. n.*], 2016.

MORIN, Jean-Frédéric; THÉRIAULT, Dimitri. ***How trade deals extend the frontiers of international patent law****: CIGI Papers. Waterloo*: [*s. n.*], 2018.

MORIN, Jean Frédéric; SURBECK, Jenny. *Mapping the New Frontier of International IP Law: Introducing a TRIPs-plus Dataset.* ***World Trade Review***, [*s. l.*], v. 19, n. 1, p. 109–122, 2020. Disponível em: https://bit.ly/3bQU9IW

MULLER, Manuel Ruiz. ***Protecting shared traditional knowledge: issues, challenges and options.*** *Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development*, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ALIMENTAÇÃO E AGRICULTURA. **Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e a Agricultura.** Roma: 2001. p. 28. Disponível em: https://bit.ly/3or7v3T. Acesso em: 18 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Conhecimentos tradicionais e propriedade intelectual.** Genebra: [s. n.], 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio.** Marrakesh: 1994.

RATUVA, Steven. ***Commodifying cultural knowledge: corporatised western science and Pacific indigenous knowledge.*** *International Social Science Journal, East Lansing,* v. 60, n. 195, p. 153–163, 2009.

RESEARCH AND MARKETS. ***Asia and ASEAN herbal medicines market - forecast (2020 - 2025).*** Disponível em: https://bit.ly/3olJSK4. Acesso em: 17 maio 2021

RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais: avaliação crítica da disciplina jurídica brasileira.** Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

SANABRIA, Diego Francoise Ortega. *Trend on the protection of traditional knowledge associated with genetic resources within intellectual property chapters of Free Trade Agreements: The Peruvian experience.* ***Journal of Intellectual Property Law and Practice, Oxford***, v. 14, n. 9, p. 728–738, 2019.

TEDESCHI, Patrícia Pereira. A proteção dos conhecimentos tradicionais e expressões de folclore. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, n. 184, p. 245–252, 2009.

VIVAS-EUGUI, David; OLIVA, Maria Julia. ***Biodiversity related intellectual property provisions in free trade agreements.*** Genebra: International Centre for Trade and Sustainable Development, 2010.

ZANIRATO, Silvia Helena; RIBEIRO, Wagner Costa. Conhecimento tradicional e propriedade intelectual nas organizações multilaterais. **Ambiente & Sociedade**, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 39–55, 2007.

# 5. GÊNERO E COMÉRCIO INTERNACIONAL: RISCOS JURÍDICOS E GEOPOLÍTICOS INERENTES À EMENDA PROPOSTA ÀS CLÁUSULAS DE GÊNERO DO ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO BRASIL-CHILE

## *5. GENDER AND INTERNATIONAL TRADE: LEGAL AND GEOPOLITICAL RISKS INHERENT TO THE PROPOSED AMENDMENT TO GENDER CLAUSES OF THE BRAZIL-CHILE FREE TRADE AGREEMENT*

Gabriela Leoni Furtado

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO; 2. ENTENDENDO O OBSTÁCULO: A EMENDA PROPOSTA ÀS CLÁUSULAS DE GÊNERO DO ACL BRASIL-CHILE; 2.1. A tutela da igualdade de gênero no ACL Brasil-Chile; 2.2. O obstáculo: Emenda às cláusulas de gênero de 16 de março de 2021; 3. ANÁLISE JURÍDICA DA EMENDA NO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DO ACL BRASIL-CHILE; 3.1. Limites jurídicos ao processo de ratificação de um ACL; 3.2. Consequência dos limites jurídicos à Emenda às cláusulas de gênero de 16 de março de 2021; 4. PROVÁVEIS REPERCUSSÕES GEOPOLÍTICAS DA EMENDA ÀS CLÁUSULAS DE GÊNERO DE 16 DE MARÇO DE 2021 NO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DO ACL BRASIL-CHILE; 4.1. A Conjuntura Internacional: A expansão da pauta da igualdade de gênero no Comércio Internacional e o contrassenso da Emenda às cláusulas de gênero; 4.2. Potenciais Impactos da Emenda às cláusulas de gênero nas relações bilaterais entre Brasil e Chile; 4.3. Potenciais Impactos da Emenda às cláusulas de gênero para outros acordos comerciais de interesse do Brasil; 5. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** Em 2018, Brasil e Chile assinaram o Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile (ACL Brasil-Chile). O ALC Brasil-Chile aborda a igualdade de gênero em capítulo específico e bastante detalhado, o que está alinhado com uma tendência internacional em promover a incorporação da perspectiva de gênero no Comércio Internacional. Esse passo, entretanto, encontra como obstáculo a Emenda de Plenário às cláusulas de gênero (EMP 2.0 - MSC 369/2019), de 16 de março de 2021, proposta por um deputado durante o processo de ratificação do acordo. Nesse contexto, o presente artigo objetiva avaliar os riscos inerentes a essa Emenda, tanto do ponto de vista jurídico, como do ponto de vista geopolítico.

**ABSTRACT***: In 2018, the delegates of Brazil and Chile signed the Brazil-Chile Free Trade Agreement (Brazil-Chile FTA). The Brazil-Chile FTA addresses gender equality in a specific and very detailed chapter, which is in line with an international trend in promoting the incorporation of a gender perspective in International Trade. Such endeavor, however, is currently hindered by the Plenary Amendment to the Gender Clauses (EMP 2.0 - MSC 369/2019), dated March 16, 2021, proposed by a Brazilian*

*Congressman during the process of ratification of the agreement. In this framework, this article aims at evaluating the risks inherent in this amendment, both from a legal and geopolitical standpoint.*

## 1. Introdução

Em 2018, os representantes do Brasil e do Chile assinaram o Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile (ACL Brasil-Chile). O ACL Brasil-Chile é, por definição, um Protocolo Adicional ao Acordo de Cooperação Econômica nº 35 (ACE 35) de 1996, que tem o objetivo de remover gradualmente as barreiras tarifárias ao comércio entre os países, além de promover o desenvolvimento, os investimentos recíprocos, a integração física e a cooperação em âmbito econômico, energético, científico e tecnológico.

O ALC Brasil-Chile contém 24 capítulos, compreendendo 17 temas de natureza não-tarifária, dentre os quais está a igualdade de gênero, que é objeto de um capítulo específico e bastante detalhado.

A inclusão do tema da igualdade de gênero no Acordo tem como finalidade "a incorporação da perspectiva de gênero no comércio internacional, incentivando a igualdade de direitos, tratamento e oportunidades entre homens e mulheres nos negócios, na indústria e no mundo do trabalho, favorecendo o crescimento econômico inclusivo para as sociedades de ambos os países"[1].

A iniciativa está alinhada com a movimentação do cenário internacional acerca do tema, prestando seu reconhecimento ao objetivo número 5 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas (ONU)[2], que visa alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas[3].

Ademais, o ACL Brasil-Chile se materializa como reafirmação dos compromissos assumidos pelo Brasil e pelo Chile na Organização Mundial do Comércio (OMC) [4] através da Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres

[1] Acordo de Livre Brasil-Chile, 2018, preâmbulo.
[2] Acordo de Livre Brasil-Chile, 2018, art. 18.1.2.
[3] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**, 2015.
[44] BRASIL; CHILE. **Acordo de Livre Brasil-Chile**, 2018, art. 18.1.4.

firmada no âmbito da Conferência Ministerial da OMC em Buenos Aires em 2017, cujo objetivo é conseguir a eliminação das barreiras ao empoderamento econômico das mulheres e aumentar a participação das mulheres no comércio[5].

Brasil e Chile não são os primeiros a incluírem questões de gênero em um acordo de comércio. Na verdade, é possível identificar aumento progressivo da tutela da igualdade de gênero em acordos comerciais ao redor do mundo[6]. A título de exemplo, o próprio Chile conta com outros acordos comerciais que abordam o assunto de forma bastante elaborada, como o Chile-Canadá, Chile-Argentina e Chile-Uruguai.

O caminho a ser percorrido ainda é longo, e o ACL Brasil-Chile representa um importante passo do Brasil na luta crescente pela igualdade de gênero no Comércio Internacional.

Esse passo, entretanto, encontra um obstáculo: durante o processo de ratificação do ACL Brasil-Chile no ordenamento brasileiro, o Deputado Federal Vitor Hugo (PSL) apresentou, no dia 16 de março de 2021, uma Emenda de Plenário específica sobre as cláusulas de gênero contidas no acordo (EMP 2.0 - MSC 369/2019).

A referida Emenda limita a compreensão do tema igualdade de gênero, introduzindo uma cláusula interpretativa que contém restrições, parâmetros e premissas que não constam do texto inicial do Acordo.

Na tentativa de mensurar os riscos e impactos inerentes à Emenda apresentada, o presente artigo busca responder duas perguntas: (a) é juridicamente possível a apresentação de uma Emenda pelo Congresso Nacional durante o processo de ratificação de um acordo internacional já assinado?; (b) quais são as possíveis repercussões geopolíticas decorrentes da hipótese de ratificação do ACL Brasil-Chile com a Emenda sob análise?

---

[5] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, **Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres por Ocasião da Conferência Ministerial da OMC em Buenos Aires**, 2017.

[6] MONTEIRO, José Antonio. Gender-related Provisions in Regional Trade Agreements, **WTO Staff Working Paper ERSD-2018-15**, Organização Mundial do Comércio, 2018.

A fim de responder as perguntas propostas, o presente artigo está dividido em três capítulos. O Capítulo 1 contém uma análise do tema da igualdade de gênero no ACL Brasil-Chile, apresentando a abordagem do acordo em relação ao tema, e o exame do conteúdo da Emenda de Plenário apresentada; traçando um paralelo a fim de compreender o obstáculo sobre o qual a presente pesquisa se debruça. Em seguida, o Capítulo 2 se dedica a análise jurídica do processo de formação do ACL Brasil-Chile, analisando se a apresentação da referida Emenda possui fundamento jurídico, tanto à luz do Direito Internacional Público, como à luz do direito interno brasileiro. Ao longo do Capítulo 3 espera-se vislumbrar as prováveis repercussões geopolíticas na hipótese de ratificação do acordo com a Emenda apresentada, levando em consideração a importância da pauta da igualdade de gênero no Comércio Internacional, os possíveis impactos na relação bilateral Brasil-Chile, e os potenciais prejuízos para outros acordos comerciais internacionais na esfera de interesse do Brasil.Ao final, serão expostas as conclusões decorrentes de pesquisa, e apresentadas sugestões em relação a apreciação da Emenda às cláusulas de gênero do ACL Brasil-Chile.

## 2. Entendendo o obstáculo: a Emenda proposta às cláusulas de gênero no ACL Brasil-Chile

O Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile (ACL Brasil-Chile) foi assinado em 2018, e assume um papel relevante na relação entre Gênero e Comércio Internacional. O Acordo inclui diversos dispositivos que tutelam a igualdade de gênero, perpassando diversos temas ao longo do texto do Acordo de Livre Comércio, e recebendo um capítulo específico e detalhado, que parametriza a cooperação dos países em prol da igualdade de gênero.

Muito embora o ACL Brasil-Chile tenha sido assinado em 2018, ele ainda não está em vigor, pois ainda é necessário que o Acordo seja ratificado pelo Brasil. Como será melhor demonstrado neste capítulo 2, a ratificação do Acordo é a etapa que estabelece o compromisso definitivo dos países, e torna o Acordo apto a produzir efeitos na esfera doméstica e internacional.

No Brasil, a mensagem de aprovação do Acordo foi apresentada pelo Poder Executivo em agosto de 2019 (MSC 369/2019)[7] e, desde então, aguarda o referendo do Congresso Nacional, conforme preveem os artigos 49 e 84 da Constituição Federal Brasileira (CRFB/1988).

Durante a análise do Congresso Nacional Brasileiro, surgiu o obstáculo que protagoniza este artigo: a Emenda de Plenário apresentada pelo Deputado Vitor Hugo (PSL-GO) em março de 2021 (EMP 2 – MSC 396/2019)[8], doravante denominada "Emenda às cláusulas de gênero" ou apenas "Emenda". A Emenda propõe a inclusão, no texto do Projeto de Decreto Legislativo a ser apresentado em decorrência da aprovação do ACL Brasil-Chile, de uma cláusula interpretativa que limita o alcance de todas expressões do acordo que fazem referência a "gênero", "perspectiva de gênero", "políticas de gênero", "igualdade de gênero" e outras semelhantes.

A Emenda às cláusulas de gênero foi apresentada no dia 16 de março de 2021, e desde então está sujeita a apreciação e deliberação do Plenário da Câmara dos Deputados. O presente artigo inclui dados até 14 de maio de 2021, momento no qual a matéria ainda não foi objeto de apreciação. Importante notar, portanto, que a análise deste artigo é preditiva, e se propõe a projetar os riscos jurídicos e geopolíticos decorrentes da eventual aprovação, em última instância, da Emenda apresentada.

Antes de prosseguir com a avaliação jurídica e geopolítica da Emenda às Cláusulas de Gênero (Capítulo 3), pretende-se promover o melhor entendimento do contexto em que esta pesquisa está inserida. Para tanto, buscou-se detalhar de que forma a igualdade de gênero foi tutelada do ACL Brasil-Chile (Subcapítulo 2.1) e, em seguida, analisar o objeto e o conteúdo da Emenda às cláusulas de gênero de 16 de março de 2021 (Subcapítulo 2.2).

---

[7] Mensagem de Acordos, convênios, tratados e atos internacionais n. 369/2019, apresentada pelo Órgão do Poder Executivo Poder Executivo, aprovando o "Texto do Sexagésimo Quarto Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica Nº 35 (ACE-35), que incorpora ao referido Acordo o Acordo de Livre Comércio (ALC) entre o Brasil e o Chile, assinado em Santiago, em 21 de novembro de 2018".

[8] BRASIL. Emenda de Plenário n.2/0, Deputado Vitor Hugo (PSL-GO), 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1975277. Acesso em 19 de maio de 2021.

## 2.1. A tutela da igualdade gênero no ACL Brasil-Chile

O ACL Brasil Chile aborda questões relacionadas a gênero em diversos dispositivos. O tema aparece, em primeiro lugar, no preâmbulo do Acordo, apontando o intuito de favorecer o crescimento econômico inclusivo para ambos os países. A referência ao tema no preâmbulo é bastante relevante, já que juridicamente o preâmbulo é a bússola para a interpretação do acordo, norteando as intenções das partes naquele documento.

Em seguida, o art. 10.15, dentro do capítulo de Comércio Eletrônico, traz como compromisso de cooperação entre as partes a adoção de medidas que facilitem a incorporação das mulheres no comércio eletrônico. O artigo 15.3.4, ao tratar das atividades de cooperação relacionadas a cadeias de valor, trata do comércio inclusivo, com a maior participação das mulheres nas cadeiras regionais e globais de valor, o desenvolvimento sustentável e a responsabilidade social empresarial. O tema também é abordado no artigo 16.3, que trata dos compromissos compartilhados entre Brasil e Chile em prol de assuntos trabalhistas. As partes reconhecem que a não discriminação de gênero e a luta pela equidade são fundamentais para o crescimento econômico sustentável, comprometendo-se ambas as partes a envidar esforços para adotar políticas públicas que eliminem os obstáculos sistêmicos a plena participação das mulheres no mercado de trabalho.

Por fim, mas não menos importante, a igualdade de gênero recebe um capítulo específico – "Capítulo 18 - Comércio e Gênero" – que contém 7 artigos e 29 incisos, abordando o tema de forma bastante detalhada e cuidadosa. Para melhor referência, o conteúdo do capítulo está sistematizado na Tabela 1 abaixo:

**Tabela 1 - Capítulo 18 ACL Brasil Chile: Comércio e Gênero**

| Artigo | Resumo da Abordagem |
|---|---|
| **18.1: Disposições Gerais** | Esse artigo possui 7 (sete) incisos, que detalham os parâmetros da análise e interpretação do tema, e registram reconhecimentos mútuos entre Brasil e Chile.<br>De forma similar ao preâmbulo, as partes reconhecem que a remoção dos obstáculos de gênero contribui para o desenvolvimento econômico sustentável. |

| | |
|---|---|
| | É especialmente relevante que ao longo deste artigo as partes prestam reconhecimento expresso ao objetivo número 5 dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 das Nações Unidas; e reafirmam seus compromissos assumidos na Organização Mundial do Comércio (OMC) através da Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres, firmada no âmbito da Conferência Ministerial da OMC em Buenos Aires em 2017. |
| **18.2: Acordos Internacionais** | Artigo possui 3 (três) incisos, por meio dos quais as partes reafirmam compromissos firmados em acordos internacionais com objetos similares, mencionando: (i) Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW/1979), adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18 de dezembro de 1979; (ii) Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos em 6 de setembro de 1994; (iii) Outros acordos internacionais relacionados a igualdade de gênero ou direito das mulheres.<br>Os acordos internacionais expressamente mencionados são marcos importantes para a defesa do direito das mulheres. Vale ressaltar, em especial, a CEDAW 1979, que é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher. |
| **18.3: Atividades de Cooperação** | O artigo possui 6 (seis) incisos, e apresenta uma abordagem pragmática, detalhando parâmetros, objetivos, áreas de atuação e exemplos de atividades de cooperação entre os países em prol da igualdade de gênero.<br>É expressamente determinado, no inciso 2, que as mulheres devem ter participação inclusiva na condução das atividades de cooperação. |
| **18.4: Comitê de Comércio e Gênero** | O artigo possui 10 (dez) incisos, e dispõe sobre a criação, composição, competências, e o funcionamento do Comitê de Comércio e Gênero.<br>O Comitê deve ser composto por representantes governamentais de ambos os países, e tem diversas competências, não exaustivas, detalhadas ao longo do inciso 2, das quais incluem-se: (i) determinar, organizar e facilitar as atividades de cooperação do artigo 18.3; (ii) realizar recomendações sobre assuntos relacionados a gênero e comércio; (iii) facilitar o intercâmbio de informações, experiências e lições; (iv) discutir e deliberar sobre a participação de organismos internacionais no desenvolvimento de projetos e atividades sobre o tema; (v) outras competências determinadas pelos países contratantes. |

| | |
|---|---|
| | Nos termos do inciso 9, o Comitê também tem a competência de revisar a implementação do Capítulo 18 do Artigo, e reportar à Comissão Administradora.<br>Em relação ao funcionamento, o artigo prevê que o Comitê deve se reunir anualmente por videoconferência ou qualquer meio, e a cada dois anos de forma presencial (a menos que as partes acordem de forma diferente).<br>Por fim, o inciso 10 prevê uma obrigação de transparência: as partes se comprometem a colocar à disposição do público informações sobre as atividades realizadas na forma do Capítulo 18. |
| **18.5: Pontos focais** | O artigo contém 1 (um) inciso, que contempla as autoridades de cada país indicadas como pontos focais para comunicação.<br>É expressamente previsto que as partes, através de seu ponto focal, devem notificar prontamente a outra parte diante de alguma mudança na implementação do Capítulo 18. |
| **18.6: Diálogo sobre Comércio e Gênero** | O artigo contém 1 (um) inciso, por meio do qual as partes assumem um compromisso expresso de promover diálogos, consultas e cooperações para chegar a um entendimento sobre qualquer assunto que possa surgir em relação à interpretação e aplicação deste Capítulo. |
| **18.7: Não Aplicação de Solução de Controvérsias** | O artigo possui 1 (um) inciso, que exclui a aplicação do mecanismo de solução de controvérsias previsto no Capítulo 22 do Acordo para qualquer controvérsias derivadas do Capítulo 18. |

Fonte: Elaboração da autora

A tutela da igualdade de gênero no acordo é profunda e detalhada, além de perpassar diferentes temas, como direito do trabalho e comércio eletrônico. Os países estabelecem diversas ferramentas para garantir a contínua cooperação dos países sobre os comércio e gênero, sobretudo sobre os dispositivos do Capítulo 18.

Houve todo um trabalho de negociação, debate e redação do acordo até sua assinatura, resultando em um texto bem preparado, cheio de referências, parâmetros de interpretação, soluções de cooperação.

No que se refere à interpretação dos dispositivos de gênero contidos no Acordo, destaca-se que através do artigo 18.6 as partes se comprometeram expressamente a envidar “todos os esforços possíveis, por meio do diálogo, consultas e cooperação, para

chegar a um entendimento sobre qualquer assunto que surgir em relação à interpretação e aplicação deste Capítulo" (grifei).

Esse dispositivo deixa claro que as partes estavam cientes que a implementação prática dos dispositivos de gênero do Acordo demandaria interpretações e, justamente nesse sentido, as partes assumiram o compromisso de desenvolver os entendimentos necessários através de diálogo, consultas e cooperação.

Nesse contexto, passa-se a analisar o conteúdo da Emenda de Plenário apresentada pelo Congresso Nacional Brasileiro durante o processo de ratificação do ACL Brasil-Chile.

### 2.2. O obstáculo: emenda às cláusulas de gênero de 16 de março de 2021

Em contrassenso às obrigações de cooperação descritas no Subcapítulo 1.1, a Emenda de Plenário apresentada pelo Deputado Vitor Hugo (PSL-GO) em 16 março de 2021 (EMP 2 – MSC 396/2019) inclui uma cláusula interpretativa, adicionando – unilateralmente – parâmetros, limitações e interpretações relacionados aos dispositivos de gênero contidos no Acordo. Para melhor referência, reproduz-se abaixo o inteiro teor da Emenda[9]:

> "Art.1º Insira-se, onde couber, no texto do Projeto de Decreto Legislativo a ser apresentado em decorrência da aprovação da Mensagem 369/2019, a seguinte cláusula interpretativa:
>
> "Art. XX. As expressões constantes do Acordo sobre Livre Comércio entre Brasil e Chile que fazem referência a "gênero", "perspectiva de gênero", "políticas de gênero", "igualdade de gênero" e outras semelhantes, deverão ser interpretadas com a finalidade de promover o

[9] BRASIL. Emenda de Plenário n.2/0, Deputado Vitor Hugo (PSL-GO), 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1975277. Acesso em 19 de maio de 2021.

> oferecimento de oportunidades equitativas a homens e mulheres no mercado de trabalho, sendo a expressão "gênero", e outras derivadas, entendidas como fundamentadas na não discriminação de natureza sexual entre homens e mulheres, biologicamente considerada, conforme o disposto no art. 18.1 do protocolo.
>
> §1º **A internalização do protocolo não será interpretada como a recepção, por parte do Brasil, de outras teorias sobre gênero, identidade de gênero, orientação sexual, ou de quaisquer ideologias de gênero**.
>
> §2º A implementação da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW), mencionada no artigo 18.2, ou qualquer outra disposição do presente acordo, **não serão interpretadas como constituição de compromisso, decorrente do presente acordo, de promover novas hipóteses de interrupção da gravidez além das já existentes no ordenamento jurídico do Brasil**." (grifei)

Depreende-se que a cláusula interpretativa cerceia entendimentos sobre o tema de gênero. Se aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados, esta Emenda representa restrições, por parte do Legislativo Brasileiro, ao alcance de todas as expressões do acordo relacionadas a gênero, inclusive o Capítulo 18.

Importante notar que o presente artigo não visa discutir a conveniência e oportunidade da abordagem intersecional ou transversal das políticas públicas relacionadas a gênero; tampouco discutir a tutela jurídica do aborto no Brasil. Por hora, almeja-se demonstrar que a Emenda às cláusulas de gênero modifica o ACL Brasil-Chile, existindo riscos atrelados a essa questão.

A Emenda modifica o conteúdo do acordo na medida em que incorpora no Decreto de sua aprovação uma cláusula interpretativa, que modifica definições e parâmetros aplicáveis a todas as cláusulas do ACL Brasil-Chile relacionadas a igualdade de gênero. Assim, pouco importa se o dispositivo objeto de emenda é de caráter

interpretativo, fato é que o conteúdo desse dispositivo passa a incorporar o tratado internalizado no Brasil, e limitar seu alcance.

Nesse contexto, passa-se a promover a análise jurídica da Emenda, examinando se a apresentação da referida Emenda possui fundamento, tanto à luz do Direito Internacional Público, como à luz do direito interno brasileiro.

## 3. Análise jurídica da emenda às cláusulas de gênero no processo de incorporação do ACL Brasil-Chile

De maneira geral, a assinatura de um acordo internacional não é a fase final para sua entrada em vigor[10]. A assinatura vincula os Estados ao texto final que foi acordado, mas não estabelece o engajamento definitivo.

Para que o país esteja efetivamente obrigado aos termos do acordo no plano internacional e doméstico, é necessário que este seja submetido à ratificação, por meio da qual o(a) Chefe do Poder Executivo confirma a incorporação do acordo no ordenamento jurídico do país, e emite um documento que corresponde a sua "expressão de consentimento"[11].

Nesse sentido, é possível afirmar que o processo de ratificação é o que verdadeiramente define o sucesso ou o fracasso dos acordos internacionais[12].

Essa é a fase em foi apresentada as Emenda às cláusulas de gênero sob análise, o que traz à tona duas questões jurídicas: Quais os limites impostos ao processo de ratificação? (Subcapítulo 2.1); e quais as consequências desses limites para a Emenda de Plenário às cláusulas de gênero no ACL Brasil-Chile? (Subcapítulo 2.2).

---

[10] Apesar de o processo de ratificação ter se tornado "o momento mais importante da processualística contemporânea da celebração dos tratados" (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público,** 2020, p. 173), não há regra absoluta no Direito Internacional que determine essa etapa como obrigatória (ROSENNE, Shabtai. Treaties, Conclusion and Entry into Force, in **Encyclopedia of Public International Law**, 1991, p. 166). De qualquer forma, considerando que o processo de ratificação ocorre no Brasil e no Chile, o presente artigo se debruçará sobre a regra geral.

[11] CASELLA, Paulo Borba et. al., **Manual de Direito Internacional Público**, 2012, p.

[12] LANTIS, J. The Life and Death of International Treaties: Double-Edged Diplomacy and the Politics of Ratification in Comparative Perspective, **Int Polit 43**, pp. 24–52, 2006.

### 3.1. Limites jurídicos ao processo de ratificação de um ACL

Em primeiro lugar, é indiscutível que – salvo poucas exceções[13] – o(a) chefe do Executivo de um país tem a possibilidade de optar por não se submeter a um acordo internacional já assinado. Entende-se que a ratificação é um ato discricionário, que depende da análise de conveniência e oportunidade do(da) Chefe de Estado[14].

O que não pode acontecer, contudo, é uma modificação unilateral posterior à assinatura. A assinatura representa o aceite formal dos estados em relação ao conteúdo, e vincula juridicamente os Estados contratantes ao texto final que foi assinado[15].

Essa vinculação jurídica ao texto final é uma decorrência natural do fato que os plenipotenciários de cada estado se debruçaram sobre aquele conteúdo, negociaram seus termos, e chegaram a um consenso. A partir desse consenso, o tratado está insuscetível à alterações[16].

Vale destacar que alguns tratados permitem a formulação de reservas pelos Estados contratantes, o que pode representar uma exceção à regra da imutabilidade após assinatura. No entanto, a Emenda em questão não possui conteúdo de reserva, e, acima de tudo, acordos bilaterais (como é o caso do ACL Brasil-Chile) sequer permitem a formulação de reservas[17].

Assim, à luz do Direito Internacional Público, a assinatura do ACL Brasil-Chile balizou o acordo definitivo entre os países naquele sentido, de forma que modificações unilaterais durante o processo de ratificação são infundadas.

Trazendo a questão para o ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal prevê o seguinte:

> "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[13] Existem exceções à regra da facultatividade de ratificação dos tratados nas convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT.
[14] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, 2020, p. 182.
[15] Idem, p. 168
[16] ARAÚJO, João Hermes Pereira de. **A Processualística dos Atos Internacionais**, 1958, p. 190.
[17] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, 2020, p. 190.

> (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;
>
> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)"

É de competência do(da) Chefe do Poder Executivo a celebração dos tratados internacionais – e consequentemente sua ratificação, quando acontece o engajamento definitivo. Porém, essa resolução definitiva está sujeita à "referendo" do Poder Legislativo, através do Congresso Nacional.

No exercício dessa competência de "referendo" pelo Congresso Nacional é que foi apresentada à Emenda às cláusulas de gênero do ACL Brasil Chile. Portanto, o cerne da questão é se poderia o Congresso propor modificações nessa etapa, ou caberia a ele simplesmente aceitar ou rejeitar o acordo em sua totalidade.

Entende-se que o Congresso Nacional não tem competência para propor mudanças ao ACL Brasil-Chile, tendo em vista: a limitação do direito internacional sobre a modificação de tratados após sua assinatura; e a limitação do direito interno brasileiro acerca da competência do Congresso Nacional no processo de ratificação.

Em primeiro lugar, porque nenhum agente envolvido no processo de ratificação pode modificar o acordo, uma vez que essa etapa é posterior a assinatura. Evidentemente, isso se aplica à atuação do Congresso Nacional. Assim explica Mazzuoli[18]:

> "O que **não pode o Congresso Nacional fazer é emendar o tratado submetido à sua apreciação**, uma vez que é pacífico no Direito Internacional geral que a assinatura (que encerra a fase das

[18]Idem, p. 196.

> negociações) torna o tratado insuscetível de alterações, a não ser que as partes celebrem *outro tratado* sobre a mesma matéria." (grifei)

Ademais, no que diz respeito ao direito interno, permitir que o Congresso Nacional altere de qualquer forma o conteúdo de um acordo assinado entre potências estrangeiras, representa dar ao Poder Legislativo o poder de celebrar tratados, em violação ao art. 84 da Constituição Federal. É o(a) chefe do Poder Executivo que tem a competência de negociar e assinar um acordo internacional. Isso quer dizer que, por mais que o Poder Legislativo possua um papel ativo no processo de ratificação, esse papel se limita a aceitar ou rejeitar o acordo em sua totalidade. Sobre o assunto, também elucida Mazzuoli[19]:

> "De outro lado, vista a questão sob a ótica do direito interno, tem-se que uma emenda aposta pelo Congresso ao texto de um tratado é uma ingerência indevida do Parlamento em assuntos do Executivo, ingerência essa que viola a harmonia e independência dos Poderes (garantida pela Constituição)". E tal parece lógico, porque poderia um estado sozinho emendar um tratado negociado com vários outros sujeitos do Direito Internacional Público? Em outras palavras, como se explicaria, do ponto de vista diplomático, que possa o Legislativo (unilateralmente) reformar cláusulas de um tratado celebrado pelo Executivo com outras potências estrangeiras? É obvio que ao poder Legislativo não foi dada a faculdade de *mutilar* o texto convencional submetido à sua apreciação, o que equivaleria dar ao Congresso o poder de negociar tratados, derrubando desse posto quem realmente é competente para tal (ou seja, o Presidente da República). Ora, um tratado internacional é produto do resultado final sobre todos os seus termos e cláusulas. Depois de longas conferências, discussões e concessões recíprocas, por parte de vários Estados que ali pactuam, ponderadas e amadurecidas as propostas de cada uma das partes, tem-

[19] Idem ibidem.

> se por firmado o compromisso internacional, produto da vontade conjunta de *todos os* pactuantes. E o poder legislativo, chamado a se manifestar, não pode pretender interferir indevidamente nos assuntos do Executivo, aprovando com emendas o acordo brasileiro celebrado internacionalmente." (grifei)

Portanto, ao Congresso Nacional Brasileiro compete apreciar a mensagem de Aprovação do ACL Brasil-Chile, e aceita-la ou rejeitá-la, sem a possibilidade de propor alterações.

### 3.2. Consequência dos limites jurídicos à Emenda às cláusulas de gênero

Diante do exposto até aqui, entende-se que a Emenda às cláusulas de gênero de 16 de março de 2021 no acl brasil-chile viola dois aspectos: um aspecto de direito internacional público, e um aspecto interno do direito brasileiro.

Em relação ao Direito Internacional Público, a emenda representa uma modificação unilateral no conteúdo daquele acordo que já foi assinado. Trata-se da inclusão de um conteúdo, ainda que interpretativo, que não foi devidamente analisado e acordado entre o Brasil e o Chile.

Em relação ao Direito Brasileiro, a Emenda viola o princípio da separação de poderes, ao passo que a Emenda se materializa como uma ingerência direta do Congresso Nacional na competência do Presidente da República para celebrar tratados internacionais.

Conclui-se, portanto, que não há fundamento jurídico para a referida Emenda.

Para a análise das consequências dessa ausência de fundamento, recorre-se à análise de Mazzuoli[20]:

[20] Idem, p. 168.

> "A obrigação formal que as partes assumem na assinatura é, primeiramente, a de continuar no procedimento sobre a base do texto adotado, sem ulteriores alterações em sua estrutura (salvo, é claro, a possibilidade de reserva unilateral). Em outras palavras, a assinatura *vincula juridicamente* os Estados ao texto final do tratado (notadamente na hipótese em que ela também o autentica, nos termos do art. 10, alínea b, da Convenção de Viena). **Daí por que qualquer modificação no instrumento, posterior a ela, anula o acordo celebrado e abre, se assim quiserem as partes, nova rodada de negociações**." (grifei)

Entende-se que por "qualquer modificação", inclui-se a cláusula interpretativa proposta na Emenda sob análise. Até porque, como demonstrado no primeiro capítulo deste artigo, a Emenda adiciona um conteúdo interpretativo que tem o condão delimitar, cercear, e excluir entendimentos decorrentes da interpretação dos artigos de gênero do acordo, introduzindo parâmetros, premissas e limitações que não foram objeto de acordo entre Brasil e Chile.

Portanto, sob o ponto de vista jurídico, o principal risco inerente à Emenda em questão é a nulidade do acordo celebrado, e a necessidade de nova rodada de negociações entre Brasil e Chile, se ainda houver interesse em tornar o acordo frutífero.

Sendo assim, a emenda às cláusulas de gênero apresentada carece de fundamento jurídico, e caso aprovadas em última instância no processo de ratificação, põe em risco o efetivo sucesso do ACL Brasil-Chile, não apenas no que diz respeito a tutela da igualdade de Gênero, mas em sua totalidade.

## 4. Prováveis repercussões geopolíticas da Emenda às cláusulas no processo de incorporação do ACL Brasil-Chile

Para a abordar as possíveis repercussões que são objeto deste Capítulo, assume-se duas premissas, fundadas no que foi apresentado nos capítulos anteriores: a Emenda às cláusulas de gênero foi apresentada em contrassenso com os compromissos cooperativos de interpretação que as partes expressamente estabeleceram no Acordo.

Ainda, não há fundamento jurídico para a Emenda apresentada, tanto à luz do Direito Internacional, como à luz do direito brasileiro.

No que tange a análise geopolítica, o presente artigo se propõe a avaliar de que forma a Emenda as cláusulas de gênero, se aprovada em última análise, impacta a posição do Brasil no cenário do Comércio Internacional.

Para avaliar essa questão, julgou-se oportuno em primeiro lugar avaliar o peso que as questões de gênero assumem na conjuntura atual do Comércio Internacional, compreendendo o contexto no qual Brasil e Chile firmam esse compromisso pela igualdade de Gênero (Subcapítulo 4.1); Em seguida, buscou-se avaliar os impactos na relação bilateral entre Brasil e Chile (Subcapítulo 4.2); Por fim, apresenta-se os potenciais prejuízos à capacidade negociadora do Brasil em termos mais amplos, tendo em vista outros acordos comerciais de interesse do Brasil (Subcapítulo 4.3).

### 4.1. A Conjuntura Internacional: A expansão da pauta da igualdade de gênero no Comércio Internacional e o contrassenso da emenda às cláusulas de gênero

Sob o espectro de desenvolvimento sustentável que vem crescendo no Comércio Internacional, cresce também o entendimento fundamentado de que a eliminação das barreiras de gênero são benéficas para o crescimento econômico e desenvolvimento, tanto a nível nacional, como a nível global[21]. Nessa conjuntura, Gênero é uma pauta cada vez mais presente no Comércio Internacional, sob diferentes vertentes.

Um marco importantíssimo para a consolidação de Gênero como uma pauta no Comércio Internacional é a inclusão da pauta como um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODSs) da Agenda 2030 das Nações Unidas (ONU), mais especificamente o Objetivo nº 5, que visa "alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as meninas e mulheres"[22].

[21] FONTOURA, Andrezza; PRATES, Verônica. (**Des)igualdade de gênero: qual o papel do Comércio Internacional?,** 2018.

[22] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável,** 2015.

Através deste objetivo, é reforçado que não será possível alcançar o desenvolvimento sustentável enquanto direitos humanos continuarem a ser negado às mulheres, que representam metade da humanidade[23]. Celebra-se, então, que que pela primeira vez na história foi estabelecido, a nível global, um prazo específico para a eliminação da desigualdade de gênero: o ano de 2030[24].

É interessante notar que, por meio da Agenda 2030, a ONU assegura um tratamento amplo e transversal às questões de gênero[25], ao não fazer ressalvas quanto a raça, condição sociocultural, orientação sexual ou identidade de gênero. De imediato, é possível observar o contrassenso com as limitações impostas na Emenda às cláusulas de gênero ao ACL Brasil-Chile.

Nessa mesma linha da Agenda da ONU, em 2017 foi assinada entre 118 membros da OMC a "Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres", cujo objetivo é conseguir a eliminação das barreiras ao empoderamento econômico das mulheres e aumentar a participação das mulheres no comércio[26]. A Declaração estabelece compromissos, e um plano de ação para 2021.

Como reflexo da relação intrínseca entre igualdade de gênero e sustentabilidade, o tema também é objeto de estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A OCDE é conhecida como um "clube de boas práticas", que nasceu com caráter regional na União Europeia, e passou a expandir seus membros, mas com base em análise minuciosa de suas políticas públicas e práticas regulatórias[27]. A direção desse "clube" é

---

[23] GALIZA E SILVA, Gabriela. Comércio e gênero: um novo tema na agenda internacional. **FGV São Paulo School of Economics: Working Paper Series,** 2018.

[24] UN Secretary-General's **High-Level Panel On Woman's Economic Empowerment. Leave no one behind: a call to action for gender equality and women´s economic empowerment**, 2016, p.1.

[25] GALIZA E SILVA, Gabriela. Comércio e gênero: um novo tema na agenda internacional. **FGV São Paulo School of Economics: Working Paper Series**, 2018, p. 4.

[26] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, **Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres por Ocasião da Conferência Ministerial da OMC em Buenos Aires,** 2017.

[27] WITcast: OCDE e Acessão do Brasil. Entrevistado: Embaixador Carlos Marcio Cozendey. Entrevistadoras: Constanza Negri Biasutti e Marina Carvalho. Woman Inside Trade (WIT), Ago. 2020, podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/4ZjWKLXA0vwNXuGGiSkTSQ?si=hsBjY2_hSK-vP8OiaZFEuQ. Acesso em 19 de maio de 2021.

promovida pelos seus membros (*member driven organization*)[28], que são responsáveis pela definição da agenda e condução dos trabalhos, e se dedicam a analisar, discutir e tentar uniformizar regras formuladas para proteger os mais diversos bens, interesses e valores considerados relevantes, e que acabam por impactar no desenvolvimento econômico[29].

A agenda da OCDE foi resinificada a partir da Agenda 2030 da ONU. A OCDE está comprometida em fornecer apoio e recursos para concretização dos ODSs, incluindo a adoção de medidas e sistemas para monitorar melhorar o desempenho dos países em relação aos objetivos[30]. No que tange ao ODS nº 5 (empoderamento de todas as mulheres e meninas), a OCDE divulgou em março de 2021 o OECD Trade Policy Paper nº 246, que apresenta uma análise estrutural de como as políticas comerciais afetam mulheres e homens de maneira diferente, com o objetivo de auxiliar os governos na implementação de políticas que possam reduzir as barreiras enfrentadas pelas mulheres[31].

Nesse contexto, vale ressaltar que o Brasil apresentou pedido de acessão à OCDE em 2017, e desde então vem tomando medidas necessárias para passar pelo crivo dos membros no que diz respeito aos indicadores de sustentabilidade. Dado o contrassenso da Emenda sob análise em relação ao ODS nº 5, é possível que a Emenda sob análise possa prejudicar o processo de acessão do Brasil à OCDE.

Por fim, é importante considerar que diante da relevância mundial do tema de gênero no Comércio Internacional, diversos países também vêm incorporando em seus acordos comerciais compromissos voltados para a igualdade de gênero. Pesquisa de 2018 conduzida no âmbito da OMC aponta tendência crescente de acordos regionais de comércio que abordam questões de gênero, identificando 74 acordos que já incluem referência explicitas em seu conteúdo[32].

---

[28] THORSTENSEN, Vera; GULLO, Marcelly Fuzaro. **O BRASIL NA OCDE**: membro pleno ou mero espectador?, 2018, p. 9

[29] THORSTENSEN, Vera. JÚNIOR, Mauro Kiithi Arima. **Boas práticas regulatórias: a situação do Brasil como avaliada pela OCDE**, 2020, p.1.

[30] THORSTENSEN, Vera; MOTA, Catherine R. **Meio Ambiente, Crescimento Verde e Sustentabilidade** - Indicadores Verdes da OCDE: o que esperar da avaliação do Brasil?, 2020, p. 2.

[31] OECD TRADE POLICY PAPER N°246, **Trade and Gender: A Framework Analysis**, 2021.

[32] MONTEIRO, José Antonio. Gender-related Provisions in Regional Trade Agreements, **WTO Staff Working Paper ERSD-2018-15**, Organização Mundial do Comércio, 2018.

A tutela da igualdade de gênero varia significativamente dentre os acordos, seja em termos de estrutura, localização no texto, linguagem e escopo. Em movimento vanguardista, alguns acordos têm dedicados capítulos inteiros dedicados às questões de gênero, como é justamente o caso do ACL Brasil-Chile.

Considerando a conjuntura em que o ACL Brasil-Chile se firmou, e o positivo destaque do acordo em abordar questões de gênero de forma explícita e organizada em capítulo específico, entende-se que a aprovação da Emenda apresentada evidenciaria uma postura Brasileira na contramão da trajetória internacional sobre a pauta de gênero no Comércio Internacional.

### 4.2. Potenciais impactos da emenda às cláusulas de gênero nas relações bilaterais entre Brasil e Chile

Analisando a situação sob a ótica bilateral, é possível antever implicações na relação Brasil-Chile, cujas trocas comerciais bastante relevância para economia de ambos os países[33].

Para avaliar essas implicações, passa-se a analisar as circunstâncias atuais do ACL Brasil-Chile no contexto doméstico e internacional, e como a Emenda se relaciona com essas circunstâncias.

Em primeiro lugar, é importante levar em consideração que o Chile já concluiu o processo de ratificação do ACL Brasil-Chile, cumprindo com todas as devidas formalidades[34]. Portanto, reside com o Brasil a responsabilidade definitiva de permitir que o ACL Brasil-Chile possa finalmente produzir efeitos.

---

[33] Segundo relatório preparado pelo Governo do Chile acerca do ACL Brasil-Chile, o acordo pretende justamente promover maior segurança jurídica a ambos os países, e promover suas relações comerciais. É destacado que em 2019 o Brasil foi o terceiro maior parceiro comercial do Chile, sendo superado apenas por China e Estados Unidos. Já no caso do Brasil, em 2019 o Chile foi o principal provedor de diversos produtos consumidos pelo país, como salmão, vinho engarrafado, metanol, iodo, entre outros; e também o principal destino de diversas exportações brasileiras, como carne bovina desossada, carrocerias de veículos, produtos de ferro ou aço, entre outros. Gobierno Del Chile, Ministério de Relaciones Exteriores, Subsecretaria de Relaciones Económicas Internacionales. Informe del Acuerdo De Libre Comercio Chile-Brasil. Disponível em https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos-comerciales/informe-alc-brasil-(28-02-20).pdf?sfvrsn=72f1b827_2. Acesso em 19 de maio de 2021.

[34] A mensagem presidencial contendo o ACL Brasil-Chile foi aprovada na Câmara dos Deputados Chilena em maio de 2020, com 92 votos a favor, 44 contra e 11 abstenções; já no Senado, foi aprovado em

Como visto no Capítulo 2, a modificação de um acordo unilateralmente após sua assinatura implica na nulidade do mesmo, e exige nova rodada de negociações, se as partes assim quiserem. Assim, se aprovada a Emenda, o Brasil estaria modificando o Acordo em momento tardio, fazendo com que as partes voltassem para a etapa de negociação, mesmo após o Chile ter empregado esforços e recursos na condução do processo interno de incorporação do Acordo ao seu ordenamento.

Não há meios de prever ao certo como os países iriam lidar com a situação, porém, parece patente que o Brasil estaria na posição de frustrar o Acordo a título de uma modificação sem fundamento legal.

Além disso, é delicado o fato de a Emenda tratar especificamente de questões de gênero, tema que é sensível para o Chile, que possui relevante preocupação com políticas públicas sustentáveis. O Chile se destaca na América do Sul no que tange a boas práticas internacionais, tendo sido o primeiro país da região a se tornar membro da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2010[35].

No que às questões de Gênero, o Chile possui diversos acordos comerciais que abordam o assunto, inclusive em capítulo específico, como Chile-Canadá, Chile-Argentina e Chile-Uruguai[36]. É especialmente interessante que o Acordo Chile-Uruguai possui uma abordagem ainda mais profunda em relação ao tema de gênero, incluindo o compromisso expresso dos países em eliminar todas as formas de discriminação entre as mulheres, independentemente de sexo, etnia, raça, cor, dentre outras questões, incluindo orientação sexual ou identidade de gênero[37]. Assim, os países concordam justamente com a importância da abordagem transversal de gênero para atingir crescimento econômico inclusivo e sustentável[38].

---

agosto de 2020, contando com 23 votos a favor, 5 abstenções e 2 votos contra. Informações disponíveis em https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-en-negociacion-y-suscritos. Acesso em 19 de maio de 2021.

[35] THORSTENSEN, Vera; GULLO, Marcelly Fuzaro. **O Brasil na OCDE**: membro pleno ou mero espectador?, 2018, p. 8.

[36] Gobierno Del Chile, Ministério de Relaciones Exteriores, Subsecretaria de Relaciones Económicas Internacionales. Acuerdos en Negociación y Suscritos. Disponível em: https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-en-negociacion-y-suscritos. Acesso em 19 de maio de 2021.

[37] Acordo de Livre Comércio Chile-Uruguai, 2016, Artigo 14.1.2.

[38] AMARAL, Renata; TAVARES, Paula. **Por que o Brasil deveria reforçar as cláusulas de gênero nos acordos comerciais?**, 2020.

É possível perceber, portanto, que o tema de gênero é sensível para o Chile, que já vem incluindo essa pauta em outros acordos.

Especificamente em relação ao ACL Brasil-Chile, é importante lembrar que através da assinatura do acordo, as partes se comprometeram através do Artigo 18.6 a empregar todos os esforços possíveis através de diálogos, consultas e cooperação para chegar a um entendimento sobre qualquer assunto que eventualmente surja em relação à aplicação dos dispositivos de gênero do capítulo 18.

É possível identificar, a partir do detalhamento do Capítulo 2 deste artigo, que a Emenda apresentada é justamente o oposto do compromisso assumido pelo Brasil. Mesmo antes do engajamento definitivo, o Brasil estaria impondo parâmetros, limites e interpretações de forma unilateral.

Nesse sentido, a aprovação da Emenda evidenciaria uma postura discrepante do Brasil em relação aos compromissos assumidos no acordo, além de colocar em risco o fracasso do ACL Brasil-Chile.

### 4.3. Potenciais impactos da emenda às cláusulas de gênero para outros acordos comerciais de interesse do Brasil

Uma vez identificado que o posicionamento brasileiro com a emenda às cláusulas de gênero se contrapõe aos compromissos internacionais que vem sendo firmados nesse tema, e evidencia o potencial de frustrar um acordo assinado pelo Brasil sobre igualdade de gênero, examina-se, por fim, os potenciais impactos da Emenda na capacidade negociadora do Brasil de forma mais ampla, tendo em vista outras negociações comerciais em curso.

O Comércio Internacional envolve um amplo conjunto de relações econômicas, cujo cerne é marcado pelo o que se comumente intitula *trade-offs*[39] - que são compromissos firmados entre esses agentes econômicos para atingir um equilíbrio de interesses e prerrogativas. Uma vez que esses compromissos formam uma rede ampla e

[39] OKUN, **Arthur M. Equality and efficiency: the big tradeoff**, Brookings Institution Press, 2015, p. 10.

complexa, entende-se que posicionamentos adotados pelos países, ainda que internamente, tem o condão de impactar suas relações no cenário internacional.

Nesse sentido, é possível vislumbrar potenciais impactos – ainda que indiretos – do posicionamento brasileiro através da eventual Emenda às cláusulas de gênero, especialmente em relação a outros acordos comerciais que são de interesse do Brasil. De imediato, duas situações se colocam: a possibilidade de prejuízo a acordos internacionais em negociação; e a possibilidade de prejuízo a acordos internacionais já assinados, porém aguardando ratificação pelas partes.

No que tange aos acordos comerciais em negociação, é importante notar que desde 2018 o Brasil participa das rodadas de negociação do Acordo Mercosul-Canadá[40], que aborda diretamente os temas "Comércio e Gênero" e "Comércio Inclusivo".

O Canadá tem apresentado muitos avanços na promoção de uma abordagem inclusiva do comércio, sobretudo no que tange à igualdade de gênero sob uma perspectiva interseccional – que inclui a percepção das múltiplas esferas que permeiam o conceito de gênero, como: raça, condição socioeconômica, orientação sexual, identidade de gênero, dentre outros. O Governo do país divulgou recentemente informações sobre suas pretensões em relação a abordagem inclusiva de comércio, afirmando que

> "*Canada is committed to pursuing an inclusive approach to trade in recognition that trade policies and agreements need to respond and contribute more meaningfully to broader economic, social and environmental policy*" [41].

Diante da importância que o Canadá confere ao tema, é pertinente ponderar em que medida o posicionamento do Brasil pode impactar sua capacidade negociadora nesse contexto, já que a Emenda às cláusulas de gênero traduz uma pretensão brasileira em

[40] BRASIL, **Anuário do Comércio Exterior Brasileiro**, 2020.

[41] Mais informações podem ser obtidas em: https://www.international.gc.ca/gac-amc/campaign-campagne/inclusive_trade/index.aspx?lang=eng. Acesso em 19 de maio de 2021.

restringir o alcance do tema de gênero – justamente o que o Canadá tem buscado enfrentar.

Em relação aos acordos internacionais já assinados, porém aguardando ratificação pelas partes, é primordial considerar que a Emenda sob análise traduz um comportamento brasileiro contraditório – e sem fundamento jurídico – após a assinatura de um acordo internacional. É possível que tal postura ponha em cheque o nível de comprometimento Brasileiro com acordos comerciais já assinados, principalmente acordos que também abordam igualdade de gênero.

Nesse ponto, vale destacar que o Brasil concluiu em 2019 as negociações entre Mercosul e a Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA)[42], assinando o Acordo Mercosul-EFTA, que aguarda ratificação[43]. O Acordo também comporta temas não-tarifários, contendo um capítulo destinado a "Comércio e Desenvolvimento Sustentável" que faz referência aos objetivos da Agenda da ONU 2030, dos quais inclui-se a igualdade de gênero.

Assim, reside incerto qual será o posicionamento do Brasil na ratificação desse Acordo Mercosul-EFTA, e a eventual aprovação ou rejeição da Emenda de ora se analisa – Emenda às cláusulas de gênero do ACL Brasil-Chile (EMP 2 – MSC 396/2019) – tem uma influência relevante nesse contexto.

Portanto, tendo em vista a agenda comercial internacional do Brasil – tanto em relação a acordos em negociação, como acordos aguardando ratificação – é possível perceber que a Emenda às cláusulas de gênero sob análise se apresenta como um risco ainda mais amplo nos interesses comerciais brasileiros.

## 5. Conclusão

O objetivo desse artigo foi analisar os riscos inerentes à a Emenda de Plenário às Cláusulas de Gênero do ACL Brasil-Chile (EMP 2.0 - MSC 369/2019), de 16 de março

[42] O EFTA é um bloco integrado por Suíça, Noruega, Islândia e Liechtenstein, que se apresenta como o nono maior ator no comércio mundial de bens e o quinto maior no comércio de serviços.

[43] BRASIL, **Anuário do Comércio Exterior Brasileiro**, 2020.

de 2021, partindo de duas perguntas: (a) é juridicamente possível a apresentação de uma Emenda pelo Congresso Nacional durante o processo de ratificação de um acordo internacional já assinado?; (b) quais são as possíveis repercussões geopolíticas decorrentes da hipótese de ratificação do ACL Brasil-Chile com a Emenda sob análise?

Ao final da pesquisa, identificou-se que não há fundamento jurídico para a Emenda apresentada, tanto pela ótica internacional como pela ótica doméstica. Pela ótica internacional, a Emenda representa uma modificação unilateral no conteúdo daquele acordo que já foi assinado, o que não é permitido. Quanto à ótica doméstica, a Emenda viola o princípio da separação de poderes, ao passo se materializa como uma ingerência direta do Congresso Nacional na competência do Presidente da República para celebrar tratados internacionais.

Em relação aos impactos geopolíticos, verificou-se que a Emenda tem o potencial de colocar o Brasil em posição dissonante à trajetória internacional sobre a pauta de gênero no Comércio Internacional, inclusive em relação à importância do tema perante a OCDE – da qual o Brasil busca se tornar membro.

Sob a ótica bilateral, foi possível identificar que a Emenda evidenciaria uma postura discrepante do Brasil em relação aos compromissos assumidos no acordo, além de colocar em risco o fracasso do ACL Brasil-Chile, o que tem grande potencial de gerar ruídos no relacionamento entre os países.

Na perspectiva da agenda comercial internacional do Brasil, também foi possível vislumbrar riscos para a capacidade negociadora do país de forma mais ampla, tendo em vista tanto acordos comerciais em negociação – como o Mercosul-Canadá – como acordos comerciais já assinados e pendentes de ratificação, como o Mercosul-EFTA.

Diante dos riscos apresentados ao longo deste trabalho, sugere-se que a apreciação da Emenda pelos agentes envolvidos no processo de ratificação do ACL Brasil-Chile seja conduzida em máxima cautela, levando em consideração as limitações jurídicas, internacionais e domésticas, que se impõem a esse processo, bem como o potencial impacto geopolítico para o Brasil.

**Referências bibliográficas**

AMARAL, Renata; TAVARES, Paula. ***Por que o Brasil deveria reforçar as cláusulas de gênero nos acordos comerciais?***, 2020. Disponível em: https://epocanegocios.globo.com/colunas/noticia/2020/01/por-que-o-brasil-deveria-reforcar-clausulas-de-genero-nos-acordos-comerciais.html. Acesso em 19 de maio de 2021.

ARAÚJO, João Hermes Pereira de. **A Processualística dos Atos Internacionais**, 1958.

BRASIL. Emenda de Plenário n.2/0, Deputado Vitor Hugo (PSL-GO), 2021. Disponível em:https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1975277. Acesso em 19 de maio de 2021.

BRASIL. Mensagem nº 369/2019, que aprova o "Texto do Sexagésimo Quarto Protocolo Adicional ao Acordo de Complementação Econômica Nº 35 (ACE-35), que incorpora ao referido Acordo o Acordo de Livre Comércio (ALC) entre o Brasil e o Chile, assinado em Santiago, em 21 de novembro de 2018". Inteiro teor disponível em https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2217142. Acesso em 19 de maio de 2021.

BRASIL; CHILE. **Acordo de Livre Comércio Brasil-Chile, 2018**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1830164. Acesso em 19 de maio de 2021.

BRASIL, **Anuário do Comércio Exterior Brasileiro, 2020.** Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/publicacoes-secex/anuario/arquivos/anuario-comex-2020.pdf. Acesso em 19 de maio de 2021.

CASELLA, Paulo Borba *et. al.*, **Manual de Direito Internacional Público,** 2012.

CASTRO, Carla Frade de Paula. Capítulos de gênero em Acordos Regionais de Comércio: uma oportunidade para a igualdade de gênero, **Coletânia WIT Estudos sobre Comércio Internacional em homenagem à Professora Vera Thorstensen**, 2021. Disponível em: https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/Colet%C3%A2nea%20WIT%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%201%20-%20Homenagem%20%C3%A0%20Prof.%20Vera%20Thorstensen%201.0.pdf. Acesso em 19 de maio de 2021.

CHILE. *Gobierno Del Chile, Ministério de Relaciones Exteriores, Subsecretaria de Relaciones Económicas Internacionales. Informe del Acuerdo De Libre Comercio Chile-Brasil*. Disponível em https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos-comerciales/informe-alc-brasil-(28-02-20).pdf?sfvrsn=72f1b827_2 Acesso em 19 de maio de 2021. .

CHILE. *Gobierno Del Chile, Ministério de Relaciones Exteriores, Subsecretaria de Relaciones Económicas Internacionales. Acuerdos en Negociación y Suscritos*. Disponível em: https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-en-negociacion-y-suscritos. Acesso em 19 de maio de 2021.

CHILE. *Gobierno Del Chile, Ministério de Relaciones Exteriores, Subsecretaria de Relaciones Económicas Internacionales. Acuerdos Comerciales Vigentes*. Disponível em https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes. Acesso em 19 de maio de 2021.

CHILE; URUGUAI. Acordo de Livre Comércio Chile-Uruguai, 2016. Disponível em: https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-comerciales-vigentes/uruguay. Acesso em 19 de maio de 2021.

FONTOURA, Andrezza e PRATES, **Verônica. (Des)igualdade de gênero: qual o papel do Comércio Internacional?**, 2018. Disponível em: https://womeninsidetrade.com/desigualdade-de-genero-qual-o-papel-do-comercio-internacional/. Acesso em 19 de maio de 2021.

GALIZA E SILVA, Gabriela. Comércio e gênero: um novo tema na agenda internacional. **FGV São Paulo School of Economics: Working Paper Series,** 2018.

Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/24776. Acesso em 19 de maio de 2021.

LANTIS, J. *The Life and Death of International Treaties: Double-Edged Diplomacy and the Politics of Ratification in Comparative Perspective*, ***Int Polit 43***, pp. 24–52, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**, 2020.

MONTEIRO, José Antonio. *Gender-related Provisions in Regional Trade Agreements*, ***WTO Staff Working Paper ERSD-2018-15***, Organização Mundial do Comércio, 2018. Disponível em: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/191640/1/1047566001.pdf. Acesso em 19 de maio de 2021.

MONTEIRO, José Antonio. *Gender-related Provisions in Regional Trade Agreements*, ***WTO Staff Working Paper ERSD-2018-15***, Organização Mundial do Comércio, 2018. Disponível em: https://www.econstor.eu/bitstream/10419/191640/1/1047566001.pdf. Acesso em 19 de maio de 2021.

*OECD TRADE POLICY PAPER* N°246***, Trade and Gender: A Framework Analysis,*** 2021. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/6db59d80-en.pdf?expires=1621470897&id=id&accname=guest&checksum=A873E8477A28AA68BB25B9F58AB4E583. Acesso em 19 de maio de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, **Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**, 2015. Disponível em: http://www.agenda2030.com.br/. Acesso em 19 de maio de 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, **Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres por Ocasião da Conferência Ministerial da OMC em Buenos Aires**, 2017. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/genderdeclarationmc11_e.pdf (acesso em 19/05/2021).

OKUN, Arthur M. ***Equality and efficiency: the big tradeoff***, *Brookings Institution Press,* 2015. Disponível em https://br1lib.org/book/5956325/edc7f5. Acesso em 19 de maio de 2021.

ROSENNE, Shabtai. Treaties, *Conclusion and Entry into Force*, in ***Encyclopedia of Public International Law***, 1991.

SAYEG, Carol; MARTES, Marina Martins. Gênero e Comércio: acordos de comércio podem contribuir para a redução da desigualdade de gênero no Brasil?, **Coletânia WIT Estudos sobre Comércio Internacional em homenagem à Professora Vera Thorstensen**, 2021. Disponível em: https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/Colet%C3%A2nea%20WIT%20-%20Edi%C3%A7%C3%A3o%201%20-%20Homenagem%20%C3%A0%20Prof.%20Vera%20Thorstensen%201.0.pdf. Acesso em 19 de maio de 2021.

THORSTENSEN, Vera. JÚNIOR, Mauro Kiithi Arima. **Boas práticas regulatórias: a situação do Brasil como avaliada pela OCDE, 2020**. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29175/TD%20527%20-%20CCGI_22.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 19 de maio de 2021.

_____. **O Brasil como visto pela OCDE**, São Paulo: Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos e VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2020. Disponível em: https://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/u5/CCGI_Brasil%20como%20visto%20pela%20OCDE_jul_2020.pdf. Acesso em 19 de maio de 2021.

THORSTENSEN, Vera; GULLO, Marcelly Fuzaro. **O Brasil na OCDE**: membro pleno ou mero espectador?, 2018. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23926/TD%20479%20-%20CCGI_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 19 de maio de 2021.

THORSTENSEN, Vera; MOTA, Catherine R. **Meio Ambiente, Crescimento Verde e Sustentabilidade** - Indicadores Verdes da OCDE: o que esperar da avaliação do Brasil?, 2020. Disponível em:

https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29302/TD%20531%20-%20CCGI_26.pdf. Acesso em 19 de maio de 2021.

*UN Secretary-General's High-Level Panel On Woman's Economic Empowerment. Leave no one behind: a call to action for gender equality and women´s economic empowerment,* 2016. Disponível em: http://www2.unwomen.org/-/media/hlp%20wee/attachments/reports-toolkits/hlp-wee-report-2016-09-call-toaction-en.pdf?la=en&vs=1028. Acesso em 19 de maio de 2021.

WITcast: OCDE e Acessão do Brasil. Entrevistado: Embaixador Carlos Marcio Cozendey. Entrevistadoras: Constanza Negri Biasutti e Marina Carvalho. Woman Inside Trade (WIT), Ago. 2020, podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/4ZjWKLXA0vwNXuGGiSkTSQ?si=hsBjY2_hSK-vP8OiaZFEuQ. Acesso em 19 de maio de 2021.

# 6. EFEITOS DA REDUÇÃO DE CARBONO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE COREIA DO SUL E BRASIL

## *6. EFFECTS OF CARBON REDUCTION ON INTERNATIONAL TRADE: COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN SOUTH KOREA AND BRAZIL*

Geovana Pessoa da Vitória

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. A POLÍTICA COMERCIAL E SEUS EFEITOS NO MEIO AMBIENTE 2.1. Instrumentos de política comercial 2.2. O mercado de carbono e seus efeitos no comércio 3. A POLÍTICA AMBIENTAL DESENVOLVIDA NA COREIA DO SUL 3.1. A escolha do país para o estudo de relações entre comércio e meio ambiente 3.2. Análise da regulação de emissões na Coreia do Sul 3.3. Impactos da regulação ambiental no comércio exterior sul-coreano 4. A POLÍTICA AMBIENTAL DESENVOLVIDA NO BRASIL E POSSÍVEIS IMPACTOS AO COMÉRCIO EXTERIOR 4.1. Análise da regulação de emissões no Brasil 4.2. Possíveis impactos da regulação de emissões para o comércio exterior brasileiro 5. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** O artigo analisa as políticas ambientais, notadamente aquelas voltadas para a redução de emissões de carbono, da Coreia do Sul e do Brasil. A partir disso, avalia os efeitos dessas medidas nas exportações dos países, espelhando próximos passos viáveis para aprimorar medidas de desenvolvimento sustentável no Brasil. Esta pesquisa pressupõe que a regulação das emissões de carbono não resulta em prejuízo às exportações dos países analisados.

**ABSTRACT:** *The article examines environmental policies, notably those aimed at reducing carbon emissions, from South Korea and Brazil. Subsequently, it assesses the effects of these measures on countries' exports, reflecting possible next steps to improve sustainable development measures in Brazil. This research presumes that the regulation of carbon emissions does not result in losses to exports from the countries analyzed.*

## 1. Introdução

O comércio exterior é um fator relevante para o desenvolvimento de um país. A prática comercial está submetida a regulações do Direito Internacional Público, especialmente à Organização Mundial do Comércio (OMC). Nesse sentido, os países costumam adotar termos e parâmetros que viabilizam essas operações. Contudo, por vezes essa política pode ocasionar severos impactos ambientais.

A transição para uma economia de baixo carbono pode ser desafiadora, considerando que a política de contabilização, a regulação e a diminuição de emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE) deve estar associada, dentre outros fatores, a metas do governo e do setor privado de desenvolvimento sustentável.

Este artigo tem como tema a relação entre redução das emissões de carbono e comércio internacional. Nesse sentido, será realizada uma análise dos padrões de exportação da Coreia do Sul anteriores ao esquema de comercialização de carbono em comparação com suas exportações atuais. Cumpre salientar que o país asiático vem implementando políticas ambientais bastante arrojadas. A despeito de sua produção industrial apresentar diferenças significativas com a indústria brasileira, o que se pretende analisar com a pesquisa é a completude de políticas de comércio e meio ambiente. Como a Coreia já adotou medidas consolidadas em favor da redução de emissões, seu caso pode ser considerado, com vistas a se observarem os resultados dessas normas no comércio exterior. Assim, verificar a repercussão dessas políticas no comércio sul-coreano com outros países possibilita traçar cenários que podem ou não ocorrer no Brasil.

Com esse ponto de partida, a presente pesquisa tem como objetivo avaliar possíveis impactos da instauração de um mercado de carbono, dentre outras políticas sustentáveis, no comércio exterior do Brasil, tomando como referência a Coreia do Sul.

Desse modo, a pesquisa teve como problema a seguinte indagação: como medidas ambientais, de maneira especial o mercado de carbono, podem afetar o comércio exterior de um país?

A hipótese é que a adoção de medidas ambientais avançadas, como a regulação do mercado de carbono, não é prejudicial ao comércio exterior do Brasil. Nesse sentido, a metodologia empregada foi um estudo de caso que parametrizou para o Brasil a situação vivenciada pela Coreia do Sul relativamente à adoção de medidas ambientais e seu efeito no comércio exterior. Foi realizada uma observação das categorias de exportações da Coreia do Sul antes do estabelecimento do mercado de carbono, em 2014, em comparação às exportações em 2020, em que esse mercado já estava vigente. A partir dessa análise projetou-se a situação das exportações brasileiras em 2020 e possíveis impactos de novas normas ambientais ao comércio exterior do país.

O artigo apresenta a seguinte estrutura: o capítulo 2 discorre sobre a aplicação de políticas comerciais relacionadas à promoção de preservação ambiental, além de introduzir o conceito de mercado de carbono; o capítulo 3 analisa a política ambiental da Coreia do Sul e seus impactos no comércio exterior e o capítulo 4 analisa as medidas adotadas pelo Brasil, realizando uma projeção de possíveis impactos de uma nova regulação ambiental para o comércio exterior do país.

## 2. A política comercial e seus efeitos no meio ambiente

A política comercial é uma das ferramentas adotadas para a promoção do comércio exterior de um país. Assim sendo, as diretrizes internacionais sobre o livre comércio dispõem de recomendações cautelosas em relação à política ambiental para assegurar que essas medidas não serão aplicadas de forma arbitrária e não se enquadram em um protecionismo disfarçado. A seguir, em linhas gerais, apresentam-se algumas alternativas dispostas para a política comercial no que concerne à regulação ambiental e o conceito do mercado de carbono, bem como sua correlação com o comércio internacional.

### 2.1. Instrumentos de política comercial

A política comercial de um país pode ser definida como aquela que preconiza os termos e parâmetros para controlar e viabilizar as operações de seu comércio exterior, quais sejam, as importações e exportações. Para se ter uma ideia da relevância da política de comércio internacional para o desempenho de um país, podem-se avaliar indicadores como balança comercial e atração de investimentos estrangeiros.

A utilização da política comercial apresenta-se como uma vertente relevante para promover o desenvolvimento econômico, conceito interligado às taxas de crescimento econômico para garantir uma economia saudável e com bons índices de expansão do Produto Interno Bruto.

Por outro lado, esta política pode ser vista como um entrave para promover as melhores práticas sociais e ambientais. Isso porque a adoção de regulações ambiciosas

em favor do meio ambiente pode resultar em maiores restrições à operação de empresas e imposições de condições ao comércio. Ademais, por diversas vezes, países desenvolvidos deslocam os impactos laborais, ambientais e sociais de comércio exterior para os países em desenvolvimento por meio de alterações nas suas cadeias de produção.

Faz-se necessário, então, estabelecer maneiras de facilitar o comércio em consonância com a proteção adequada do meio ambiente. O Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT, no acrônimo em inglês) propunha a defesa dos princípios do livre comércio, sob a alegação de que esses princípios protegeriam o meio ambiente ao ajudar a gerar o crescimento econômico, que aumenta a demanda por proteção ambiental e fornece os recursos necessários para isso.[1] Por sua vez, o Acordo de Marrakesh, que dispôs sobre a criação da OMC em 1994, marcou uma atualização de regras mundiais ao comércio e deu novo fôlego às formas de endereçar temas de proteção ambiental e social.

Assim, o argumento de que o livre comércio produz um crescimento que beneficia o meio ambiente surge como uma possibilidade teórica e que não pode ser vista como uma verdade absoluta: não basta gerar recursos que poderiam ser despendidos na proteção do meio ambiente; eles devem realmente ser gastos com esses esforços.

As regras do comércio mundial, estabelecidas majoritariamente pela OMC atualmente, permitem que os países protejam o seu próprio ecossistema, mas ainda não apresentam disposições concretas sobre como efetivamente defender as indústrias domésticas de concorrentes que não o façam.[2] Nesse sentido, a literatura sugere algumas alternativas a esta possibilidade:

- Young3 propõe acordos ambientais relacionados ao comércio e acordos de livre comércio ecologicamente avançados;

[1] GATT – GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE. Trade and the Environment. GATT, Genebra, pp. 19-20, 1992. Disponível em: <https://bit.ly/3f50TFv>. Acesso em 24 de abril de 2021.

[2] THORSTENSEN, V. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v. 41, n. 2, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291998000200003&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 7 de março de 2021.

[3] YOUNG, M.D. Ecological-accelerated trade liberalisation: a set of disciplines for environment and trade agreements. Amsterdã: Ecological Economics, vol. 9, pp. 43-51, 1994.

- DEBELLEVUE et al.4 discutem direitos compensatórios e impostos de impacto ambiental corretivos; e
- Steininger5 defende medidas compensatórias baseadas na análise do "ciclo de vida" do produto importado e disparidades nos custos de prevenção do impacto ambiental entre os países.

Relativamente às regras da OMC, a abordagem geral tem sido reconhecer que pode ser necessário algum grau de restrição ao comércio para atingir certos objetivos ambientais, desde que certas condições sejam respeitadas. A organização dispõe que é necessário haver um equilíbrio entre salvaguardar o acesso ao mercado e proteger o meio ambiente: os membros da OMC devem examinar a instauração de medidas ambientais que sejam consistentes com as regras da instituição, notadamente o princípio da não discriminação, e levem em consideração as capacidades dos países em desenvolvimento.[6]

É dentro desse espectro que o Artigo XX do GATT, que apresenta as exceções gerais às regras da OMC, faz-se importante. Essa disposição especifica em que situações as medidas comerciais tomadas pelos membros da OMC podem divergir das regras comerciais que seriam aplicadas em outros cenários. Também estabelece diversos mecanismos que garantam que as medidas ambientais não sejam aplicadas de forma arbitrária e que não sejam utilizadas em favor do protecionismo.[7]

Com o estabelecimento da OMC, percebeu-se uma maior abertura no sistema de comércio internacional para tratar de temas ambientais. Não obstante, faz-se necessário ater às regras da organização para que as medidas possam ser efetivamente aplicadas. Em 1997, o caso da OMC sobre camarões, com os Estados Unidos como

---

[4] DEBELLEVUE, E.B.; HITZEL, E.; CLINE, K.; BENITEZ, J.A.; RAMOS MIRANDA, J.; e SEGURA, O. The North American Free Trade Agreement: an ecological-economic synthesis for the United States and Mexico. Amsterdã: Ecological Economics, vol. 9, pp. 53-71, 1994.

[5] STEININGER, K. Reconciling trade and environment: towards a comparative advantage for long-term policy goals. Amsterdã: Ecological Economics, vol. 9, pp. 23-42, 1994.

[6] OMC – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Environmental requirements and market access: preventing 'green protectionism**. Genebra: OMC, s.d. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_req_e.htm>. Acesso em 20 de abril de 2021.

[7] _____. **Making trade work for the environment, prosperity and resilience**. Genebra: OMC, 2018. Disponível em: <https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/unereport2018_e.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2021.

respondente[8], delimitou na esfera do Direito Internacional Público nova jurisprudência para casos de política comercial e meio ambiente. Nesse caso, que tratou do impacto da pesca de camarões para a população de tartarugas marinhas, o Órgão de Apelação julgou que as tartarugas afetadas pela referida pesca poderiam ser tratadas como "recursos naturais esgotáveis" sob a ótica do Artigo XX. Não obstante, a OMC entendeu que, embora a medida restritiva ao comércio adotada pelos EUA fosse legítima, foi aplicada de forma a gerar uma discriminação arbitrária[9] entre a produção doméstica, as importações de países certificados e as importações provenientes da Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia.

A COP26 e a Agenda 2030 ratificam algumas diretrizes ideais favoráveis à preservação do meio ambiente. No entanto, ainda existem entraves ao total cumprimento até mesmo aos níveis assentidos pelos países das Nações Unidas. Subsistem, inclusive, cenários de competitividade distinta entre os países, que resultam no surgimento dos chamados "paraísos de poluição".[10] Isso aponta para a presença de pontos vulneráveis que ainda precisam ser superados no que concerne a políticas comerciais relacionadas à preservação ambiental.

Assim, neste momento sensível em que a OMC avalia as possibilidades de reformas de regras para abranger o escopo de medidas aceitas para a proteção ambiental, é possível endereçar algumas medidas que podem ser tomadas unilateralmente e, mais precisamente, pelo Brasil, em favor da promoção de critérios sustentáveis para o comércio exterior e que resultem em benefícios às partes aplicantes. Uma proposta viável para a promoção de relações a âmbito de comércio internacional mais sustentáveis no Brasil pode se dar, por exemplo, por meio da regulação de um mercado de carbono.

---

[8] _____. DS58. Decisão do Órgão de Apelação. United States – Shrimp. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm>. Acesso em 1º de maio de 2021.

[9] STUMP, D. A movimentação controlada de resíduos plásticos e o impacto ao livre comércio. In: FONTOURA, A; PRATES, V. **Coletânea Women Inside Trade - Volume I - Homenagem à Prof. Vera Thorstensen.** São Paulo: FGV, 2021.

[10] SELA. Trade, environment and developing countries. In: THORSTENSEN, V. **A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais.** Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v. 41, n. 2, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291998000200003&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 7 de março de 2021.

## 2.2. O mercado de carbono e seus efeitos no comércio

O mercado de carbono diz respeito à comercialização de créditos de redução de emissão dos gases de efeito estufa[11], comumente conhecidos como créditos de carbono. Isso é uma iniciativa que foi concebida com a ratificação do Protocolo de Quioto, que dispôs sobre o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL).

A ideia proposta pelo Protocolo de Quioto em 1997 foi a contenção de mudanças climáticas para a desaceleração do aquecimento global. Nesse cenário, adotando a padronização estipulada pelo Protocolo, os créditos de carbono podem ser utilizados para auxiliar o cumprimento de metas de redução de emissões pelos países signatários, por exemplo. Assim, foi necessário estabelecer padrões de mensuração, reporte e verificação de emissões.

Esses padrões corroboram a concessão de crédito advindas de um mercado de carbono regulado. Eles possibilitam que se efetive um inventário das toneladas de CO2 emitidas por país e que sua contabilização seja precisa. Além disso, uniformizam a divulgação de informações acerca das emissões para os diversos países, viabilizando, então, a comercialização dos créditos de carbono.

No contexto atual, um mecanismo relevante para a contenção de emissões de GEE são os esquemas de comércio de emissões (ETS, no acrônimo em inglês), que precificam as emissões de gases de efeito estufa. Países com ETS frequentemente estabelecem uma cota para o total de emissões permissíveis pelo sistema *cap-and-trade*, que envolvem o comércio de *emission allowances*. Nesse formato, os países que extrapolam suas metas de redução de emissões negociam essa redução excedente como permissão para países com emissões maiores.

Outro eixo que vem sendo praticado no mercado são as transações que viabilizam a execução de projetos de redução voluntária de emissões provenientes do

[11] OC – Observatório do Clima. **Mercado de carbono.** 2015. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/mercado-de-carbono>. Acesso em 1º de maio de 2021.

setor privado. No mercado voluntário as empresas compensam a emissão de carbono por uma questão reputacional e convergência com agendas ESG.

Importa salientar que ainda há muito a se realizar para que a comercialização do carbono e a consequente redução de emissões dos GEE seja um sistema adotado universalmente. Contudo, alguns países já implementaram a regulação desse mercado e estão na linha de frente da atuação nesses mecanismos e tecnologias, que possuem relação direta com diretrizes no comércio internacional. A Coreia do Sul é um desses países e a análise de suas medidas adotadas pode auxiliar na construção de projeções para aprimorar essa regulação no Brasil.

## 3. A política ambiental desenvolvida na Coreia do Sul

### 3.1. A escolha da Coreia para o estudo de relações entre comércio e meio ambiente

Com o Protocolo de Quioto, apenas países desenvolvidos tinham metas estabelecidas para a redução de emissões, que podiam comprar créditos dos países em desenvolvimento. Atualmente, com o Acordo de Paris sob vigência, todos os 190 países signatários dispõem de metas para a redução de emissões, que são apresentadas por meio das Contribuições Nacionalmente Determinadas de cada Estado.

Nesse contexto, desde 2015, os mercados de carbono vêm sendo discutidos em diversos países. Conforme exposto na seção anterior, existem duas formas de precificar o carbono de forma regulada: a taxação de carbono, em que o governo especifica um preço a ser pago por tonelada de carbono emitida, e os sistemas de comércio de emissões. Esses sistemas, ferramenta escolhida nesta pesquisa para analisar políticas convergentes entre comércio e meio ambiente, funcionam com os governos definindo os setores e entidades que serão regulados e impondo um limite quantitativo para suas emissões. A partir disso, criam-se permissões de emissões compatíveis com esse limite, que são vendidas ou distribuídas gratuitamente, a depender das metas de cada governo.

Considerando que o presente artigo possui o intuito de analisar políticas ambientais atreladas ao comércio internacional, a escolha do país levou em conta a

completude do seu esquema de comércio de emissões (ETS), bem como a relevância da sua parcela de mercado nas exportações mundiais.

Ressalta-se que nem todas as iniciativas de redução de GEE encontradas no mundo dizem respeito a países. Elas podem ser propostas também pelos estados, como a *Western Climate Initiative* e a *Regional Greenhouse Gas Initiative*. Entretanto, como a pesquisa visa obter uma comparação holística de um país, que adotou iniciativas federais sobre o assunto, foram considerados apenas regiões que implementaram o ETS em toda sua jurisdição.

Ainda que esta seja uma política relativamente recente, alguns atores internacionais já propõem um sistema de comercialização de emissões. O quadro abaixo apresenta os esquemas que estão em vigor atualmente.

**Quadro 1 – Países com esquemas de comércio de emissões (ETS) em vigor**

| País/bloco | Ano de implementação | Número de entidades participantes | Setores englobados | Total de emissões* |
|---|---|---|---|---|
| Cazaquistão | 2013 | 130 | Energia, mineração, metalurgia, indústria química, produção de cimento | 396,6 |
| China | 2018 | 2.225 | Energia | 12.301 |
| Coreia do Sul | 2015 | 685 | Energia, indústrias de ferro e aço, petroquímica, cimento, metais não ferrosos, papel, têxtil, maquinário, mineração, vidro, cerâmica, resíduos, transporte, setor público | 727,7 |
| México | 2020 | 300 | Energia, combustíveis fósseis, automóveis, cimento, cal, indústria química, alimentos e bebidas, vidro, ferro e aço, metalúrgica, mineração, petroquímica, celulose e papel | 733,8 |
| Nova Zelândia | 2008 | 2.398 | Florestas, energia, diversas indústrias, combustíveis fósseis, resíduos | 78,9 |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Suíça | 2008 | 51 | Cimento, produtos químicos e farmacêuticos, refinarias, papel, aquecimento urbano, aço, aviação, usinas termelétricas fósseis | 46,4 |
| União Europeia | 2005 | 10.569 | Energia, combustível, metalurgia, indústria química, engenharia civil, aviação, papel e celulose | 3.893,10 |

* Em toneladas métricas de CO2

Fonte: Icap Carbon Action (2021).[12]

Por questões de afinidade regional e proximidade geográfica, o país mais adequado para fornecer uma possível comparação e parâmetro para o Brasil seria o México. Entretanto, o ETS em vigor no país é um sistema piloto[13], que tem o intuito de testar o projeto e terá duração de dois anos. Além do ETS ainda não estar finalizado no país norte-americano, também existe um obstáculo em relação à obtenção de dados das exportações. Considerando que o presente trabalho tem o intuito de entender se políticas ambientais ambiciosas resultaram em impactos à exportação, a adoção do ETS em 2020 mostra um empecilho para uma comparação adequada sobre a oscilação nos fluxos de exportação do país, porque só consideraria o período de um ano.

Outras regiões também foram descartadas da análise. Apesar de a Nova Zelândia obter um potencial comparativo em razão do seu sistema também englobar florestas, entende-se que as emissões do país são ínfimas quando comparadas às do Brasil, que emite média de 1.036,3 MtCO2e por ano. Portanto, infere-se que a Nova Zelândia enfrentou menos resistência para a adaptação das empresas locais, considerando que suas emissões de GEE são reduzidas quando comparadas a grandes países. Também foi levado em consideração que o Brasil ocupa a lista dos principais exportadores mundiais, com o 25º no ranking mundial em 2020, enquanto as exportações – objeto de análise desta

[12] ICAP – INTERNATIONAL CARBON ACTION PARTNERSHIP. ETS Map. ICAP ETS, 2021. Disponível em: <https://icapcarbonaction.com/en/ets-map>. Acesso em 3 de junho de 2021.

[13] MÉXICO. Lei 11.328, 6 jun. 2012. Ley General de Cambio Climático. Diario Oficial de la Federación, Cidade do México, 6 jun. 2012.

pesquisa – são reduzidas na Nova Zelândia, que configura a 54ª classificação nesse ranking em 2020.[14]

Sobra, então, a possibilidade de analisar os países integrantes da União Europeia (UE). O bloco não foi escolhido como modelo para configurar o estudo comparativo porque se entende que seu nível de desenvolvimento e sua postura como o maior *decision-maker* de políticas ambientais no sistema internacional demonstram uma posição privilegiada para análise. Antes mesmo do estabelecimento de um ETS, a UE já exercia as diretrizes mais relevantes a âmbito internacional em prol do meio ambiente, o que significa que as empresas instaladas na região vêm elencando adaptações ambientais há muito tempo. O sucesso da política ambiental do bloco é tão amplo que a UE passa agora a uma etapa posterior: com a implementação do *European Green Deal* e o estabelecimento de um mecanismo fronteiriço de ajustes de carbono, a União Europeia será capaz de exercer uma influência ativa nas políticas ambientais de terceiros países. Esta situação mostra uma dissidência muito relevante do cenário brasileiro.

Diante da ausência de ETS em outros países de caráter predominantemente agrícola; dimensões continentais; e em desenvolvimento, a Coreia do Sul apresenta-se como uma escolha viável. Entende-se que o crescimento da economia sul-coreana deu-se majoritariamente a partir da década de 1980, o que remonta a uma realidade relativamente nova de país desenvolvido. Ademais, o ETS da Coreia é ambicioso, englobando setores das mais diversas indústrias, e foi implementado há mais de cinco anos, o que corrobora um tempo razoável para análise das exportações. Destaca-se, ainda, que à exceção do México, a Coreia é o país com a quantidade de emissões mais próxima do Brasil. Diante dos argumentos expostos anteriormente, entende-se que o país com maior aptidão para refletir um exemplo ao caso brasileiro seria a Coreia do Sul, não tanto pela semelhança propriamente dita, mas por ser uma das poucas referências em políticas efetivas na redução de emissões de GEE. A escolha da Coreia do Sul deve-se, então, ao desempenho relevante que apresenta no comércio internacional, conquanto adote medidas ambientais que resultam em adaptações a diversas indústrias instaladas no país.

[14] ITC – INTERNATIONAL TRADE CENTRE. TradeMap. Genebra: International Trade Centre. Disponível em: <https://trademap.org>. Acesso em 3 de junho de 2021.

Por ser uma temática ainda incipiente, sua experiência bem-sucedida é uma das poucas que apresentam resultados que já podem ser analisados. Ademais, a problematização não compara a realidade interna, mas o resultado, no comércio exterior, da adoção de políticas mais avançadas de proteção ambiental. Assim, esta seção apresenta uma avaliação da regulação das emissões sul-coreanas e, posteriormente, o impacto dessa regulação ao comércio exterior do país.

### 3.2. Análise da regulação de emissões na Coreia do Sul

Com a crescente preocupação em reduzir possíveis efeitos advindos de mudanças climáticas, as emissões de dióxido de carbono e seus problemas ambientais associados tornaram-se preocupações latentes para diversos países. A década de 1990 elencou algumas mudanças no sistema internacional em relação à preservação ambiental: a criação da OMC, em 1995, e o Protocolo de Quioto, em 1997, orientaram novas diretrizes em favor da diminuição de mudanças climáticas. Nesse contexto, e após sofrer severos impactos relacionados à crise financeira de 1997 a 1999, a Coreia do Sul realizou reformas no sistema institucional sobre princípios de governança e políticas de desenvolvimento econômico do país.

Em 2009, o governo sul-coreano começou a implementar variadas políticas em favor do desenvolvimento econômico baseadas nos princípios de redução de carbono. As ações mais relevantes para o aprimoramento de políticas verdes nesse país foram:

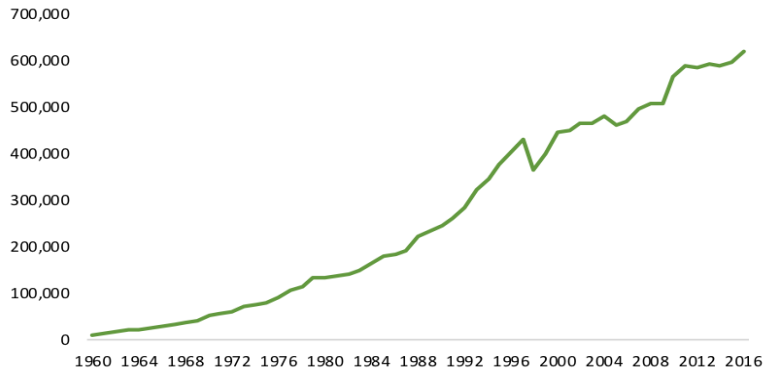
(i) a criação, em 2012, de um sistema de gestão de metas para gases de efeito estufa e energia, a fim de gerenciar e apoiar a implementação de políticas de desenvolvimento sustentável; e

(ii) a aprovação da Assembleia Nacional Coreana, ainda em 2012, de um esquema de comércio de emissões de carbono (ETS), que perpassou por diversas adequações até efetivamente entrar em vigor, em 2015.

Atualmente, a Coreia do Sul é a 11ª maior economia do mundo, um grande consumidor de energia e o sétimo maior produtor de emissões de dióxido de carbono, com 679,7 milhões de toneladas de CO2 produzidas em 2017.[15] Para propor políticas econômicas mais sustentáveis, o governo coreano ratificou o Acordo de Paris, comprometendo-se a reduzir as emissões de GEE em 37% até 2030.

O Gráfico 1 a seguir evidencia a progressão das emissões de carbono na Coreia do Sul entre 1960 e 2016.

**Gráfico 1: Evolução das emissões de gases de efeito estufa na Coreia do Sul (em quilotoneladas)**




Fonte: Banco Mundial (2021).[16]

Os dados evidenciam que, à exceção do período de crise no país entre 1997 e 1999, as emissões de GEE cresceram de forma progressiva na Coreia do Sul. O fenômeno demonstra a necessidade da adoção de mecanismos de redução de emissões para contemplar medidas em favor de um crescimento econômico sustentável.

[15] CHOI, Y; QI, C. Is South Korea's Emission Trading Scheme Effective? An Analysis Based on the Marginal Abatement Cost of Coal-Fueled Power Plants. Basel: **Sustainability**, vol. 11, no. 9, 2019.

[16] BANCO MUNDIAL. **Total greenhouse gas emissions.** Washington: Banco Mundial, 2016. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.GHGT.KT.CE>. Acesso em 8 de maio de 2021.

Na Coreia do Sul, o mecanismo ETS foi estabelecido pela Lei sobre a Alocação e Comercialização de Licenças de Emissão de Gases de Efeito Estufa.[17] Em vigor desde 2015, o ETS sul-coreano engloba mais de 600 empresas, que são responsáveis por uma média de 70% das emissões de GEE no país.[18] Até o momento, o ETS da Coreia do Sul apresenta-se como o segundo mais ambicioso do mundo, atrás apenas do esquema estabelecido pela União Europeia (UE).

Antes de aplicar a compulsoriedade do mecanismo, a Coreia do Sul estabeleceu um esquema transitório para realizar o inventário de suas emissões sob a Lei sobre Baixas Emissões e Crescimento Verde.[19] De acordo com as disposições do art. 42 desta Lei sobre o Sistema de Gestão de Metas (TMS, no acrônimo em inglês), companhias com altas emissões de GEE e consumo de energia foram designadas como "entidades controladas" e sujeitas ao controle governamental.[20]

A principal diferença entre o TMS e o ETS era que o primeiro não possuía uma função de mercado e não promovia incentivos para conformidade. Inicialmente, as empresas foram compelidas a apresentar um relatório sobre seus níveis de emissões ao governo e a definir novas metas de emissões com a agência de controle do Ministério do Meio Ambiente da Coreia do Sul. Dessa forma, o TMS desempenhou um papel relevante na coleta de dados de emissões e no fortalecimento das bases para aplicação do ETS.[21]

Entende-se que a regulação das emissões de carbono na Coreia do Sul perpassou por algumas etapas cruciais. No tópico a seguir, será explorado as formas pelas

[17] COREIA DO SUL. Lei 11.419, 14 mai. 2012. Act on the allocation and trading of greenhouse-gas emission permits. **Kwanbo** (Diário Oficial da Coreia do Sul), Seul, 14 de maio 2012. Disponível em: <https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=24561&type=new&key=>. Acesso em 15 de maio de 2021.

[18] ICAP – INTERNATIONAL CARBON ACTION PARTNERSHIP. Korea Emissions Trading Scheme**. ICAP ETS**, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3wiVMY0>. Acesso em 15 de maio de 2021.

[19] COREIA DO SUL. Lei 9.931, 13 jan de 2010. Framework act on low carbon, green growth. **Kwanbo**, Seul, 13 jan 2010. Disponível em: <https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=49999&type=sogan&key=60>. Acesso em 15 de maio de 2021.

[20] HYUN, J; OH, H. **Korea's Emission Trading System: An Attempt of Non-Annex I Party Countries to Reduce GHG Emissions Voluntarily,** 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3vdXCJD>. Acesso em 15 de maio de 2021.

[21] Idem.

quais a regulamentação de emissão de carbono tem afetado as relações de comércio exterior do país asiático.

### 3.3. Impactos da regulação ambiental no comércio exterior sul-coreano

Sob a perspectiva do comércio internacional, o cumprimento de uma agenda de políticas verdes pode ser desafiador. Em 2017, o Ministério de Oceanos e Pescas da Coreia do Sul anunciou um sistema para fornecer suporte de preços para a compra de embarcações novas, que substituiriam navios antigos pelos denominados "econavios", que são navios com alta eficiência energética.

Conforme previamente exposto, a Coreia do Sul tem ampliado esforços para promover medidas de proteção ambiental. Para apoiar a substituição de embarcações comerciais existentes por navios "ambientalmente amigáveis" (*ecofriendly*), o governo subsidia entre 10 e 20% do preço de um pedido de um novo navio que atenda a certos requisitos ambientais. Além disso, em 2018, o governo coreano promulgou a Lei sobre a Promoção e Desenvolvimento de Navios Ecologicamente Corretos, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2020, para expandir ainda mais esses esforços para encorajar e apoiar a substituição de embarcações comerciais pelos "econavios".

Começam, portanto, a surgir algumas preocupações na OMC em razão dessas adaptações da Coreia do Sul. Em 2020, o Japão entrou com uma solicitação de consulta[22] em relação a subsídios para a compra de navios fabricados por produtores sul-coreanos. Parte da preocupação estava relacionada ao governo cobrir fração dos custos para as compras de navios comerciais de produtores coreanos que cumpram certas normas ambientais. Esse tema perdura desde 2018[23], ano em que o Japão também levantou a mesma preocupação em relação ao financiamento sul-coreano de embarcações, e os dois países permanecem em fase de consultas pelas reclamações levantadas até o momento.

[22] OMC – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. DS594. Decisão do Órgão de Apelação. Korea – Commercial Vessels. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds594_e.htm#>. Acesso em 8 de maio de 2021.

[23] REUTERS. Japan takes second complaint to WTO over South Korean shipbuilding, 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/japan-southkorea-wto-idUSL8N2AA4NV>. Acesso em 15 de maio de 2021.

Dessa forma, é possível avaliar que as regulações ambientais podem ter impacto no comércio exterior no sentido de que o governo enfrentará desafios para fornecer eventuais benefícios às empresas que cumprirem as normas. As disposições previstas na OMC, como o princípio de não discriminação, devem ser cumpridas para que não haja brechas para possíveis reclamações provenientes de outros parceiros comerciais.

Esse exemplo demonstra que, para além da contenção de mudanças climáticas, o debate de adoção de políticas sustentáveis é relevante para as relações comerciais entre países. As empresas estabelecidas em jurisdições que propõem medidas ambientais que impactam o comércio podem ocupar posição menos vantajosa em relação aos concorrentes alocados em áreas sem uma obrigação legal prevista para uma economia de baixo carbono.

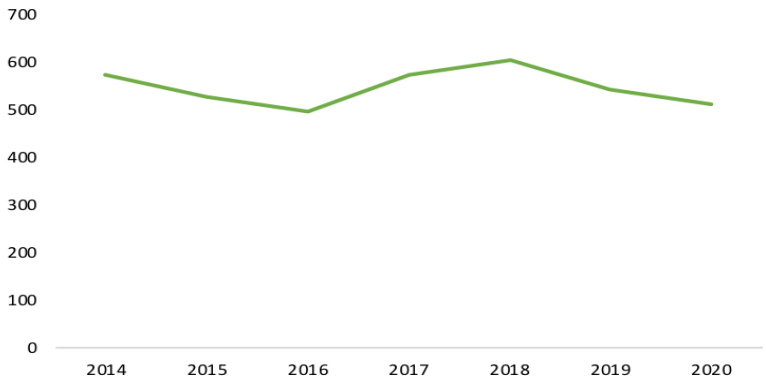
Entende-se, então, que existe um ônus para o ajuste de companhias aos padrões para a regulação de emissões e um possível aumento de custos relacionados ao ETS, o que levanta questões sob a ótica da OMC se despesas mais elevadas forem colocadas sobre produtores estrangeiros.[24]

A aplicação de regulações ambientais pode impactar diretamente a escolha de entidades do setor privado de permanecer ou não em determinada jurisdição. Com isso, faz-se importante ponderar se o comércio exterior do país tem sofrido impacto significativo. Desse modo, avaliar o desempenho das exportações pode ser um indicativo para analisar se desde 2015, quando o ETS sul-coreano entrou efetivamente em vigor, a indústria sul-coreana sofreu ou não entraves.

O gráfico abaixo demonstra os valores das exportações da Coreia do Sul entre o período de 2014, ano anterior à implementação do ETS, a 2020, dado mais recente de seu comércio exterior anual.

[24] HOLZER, K. Emissions trading and WTO law. In: **Research Handbook on Emissions Trading**. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016.

**Gráfico 2: Evolução das exportações da Coreia do Sul (em US$ bilhões)**




Fonte: TradeMap, ITC (2021).[25]

Segundo os dados registrados pelo *International Trade Centre* (ITC), as exportações da Coreia do Sul sofreram uma oscilação relevante entre os anos de 2014 e 2020, resultando em uma redução de 10,5% entre os extremos da série. Contudo, é importante ressaltar que, em 2017 e 2018, o país atingiu níveis de exportações mais altos do que aqueles registrados no período anterior à implementação do ETS. Isso demonstra a viabilidade de se atingir bons indicadores mesmo com regulações ambientais ambiciosas, considerando, inclusive, recompensas fiscais às empresas que cumprem os requisitos estabelecidos. Também é importante levar em consideração a oscilação da taxa de câmbio do país, movimentos de mercado e externalidades como a pandemia do novo coronavírus, fatores que contribuem para a dispersão entre os números apresentados.

Outro dado relevante para a análise em relação ao comércio exterior da Coreia do Sul é o conteúdo de suas exportações realizadas. A seguir, serão analisadas as dez principais categorias de produtos exportados pelo país, comparando-se os anos de 2014 e 2020.

[25] ITC – INTERNATIONAL TRADE CENTRE. op. cit, n. p.

**Gráfico 3: Principais categorias de produtos exportados pela Coreia do Sul em 2014**

Fonte: TradeMap, ITC (2021).[26]

**Gráfico 4: Principais categorias de produtos exportados pela Coreia do Sul em 2020**

Fonte: TradeMap, ITC (2021).[27]

Em média, as dez categorias de produtos exportados pela Coreia do Sul representaram 87,7 e 84,3% das exportações do país em 2014 e 2020, respectivamente. Considerando que nove das dez categorias de produtos de 2014 permanecem na cesta de principais exportações em 2020, ademais da oscilação moderada no fluxo de exportações ao longo dos anos analisados, avalia-se que o país não perdeu participação de mercado significativa das principais indústrias exportadoras atuantes na região.

No que concerne à cesta de produtos exportados e à parcela de mercado, percebe-se que a Coreia do Sul não sofreu relevantes impactos negativos. Das dez principais indústrias analisadas, que representam em média o equivalente a 85% das exportações sul-coreanas, nota-se que o país não perdeu a participação desses segmentos no seu mercado de exportação. Percebe-se que após 5 anos da implementação do ETS, dentre outras políticas em favor da proteção ambiental, as principais categorias de itens exportados pelo país permanecem os mesmos, sugerindo que a regulação de emissões não influenciou diretamente as exportações das principais indústrias sul-coreanas.

A longo prazo, a adequação de uma política voltada para a regulamentação das emissões de GEE e, mais especificamente, o estabelecimento de um mercado de comercialização das emissões de carbono pode resultar numa vantagem de fabricação de tecnologias que vão viabilizar a transição para uma economia de baixo carbono[28], sendo um dos principais países no domínio das tecnologias verdes.

Além de não ter havido prejuízos nas categorias de produtos exportados pela Coreia do Sul no período, o valor do fluxo de exportações não sofreu reduções significativas. Portanto, os dados extraídos da análise da implementação do ETS sinalizam uma convergência entre regulação ambiental e política comercial.

---

[26] ITC – International Trade Centre. op. cit, n. p.

[27] ITC – International Trade Centre. op. cit, n. p.

[28] PRAZERES, T. Está dada a largada da competição em tecnologias verdes. Folha de São Paulo, São Paulo, Ano 101, n. 33.559, 21 jan. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/tatiana-prazeres/2021/01/esta-dada-a-largada-da-competicao-em-tecnologias-verdes.shtml>. Acesso em 2 de maio de 2021.

## 4. A política ambiental desenvolvida no Brasil e possíveis impactos ao comércio exterior

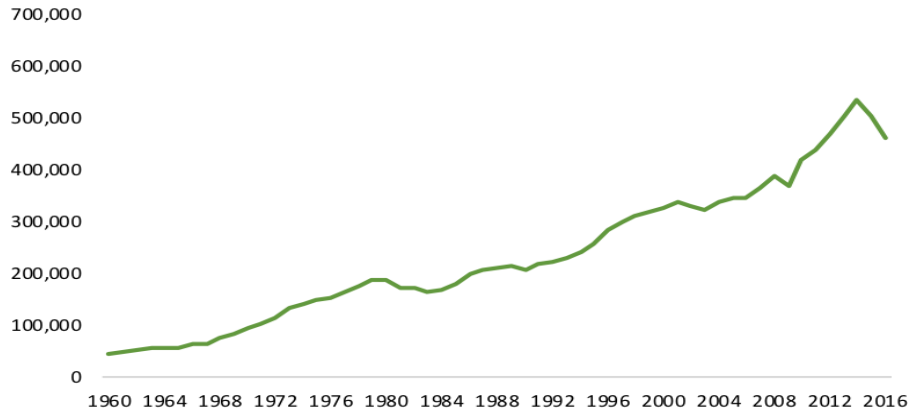
Esta seção contém uma apresentação da discussão acerca da política ambiental do Brasil, especificamente sobre o tema de regulação de emissões de carbono, além de um breve panorama das principais exportações brasileiras. A partir disso, e considerando o exemplo das diretrizes adotadas na Coreia do Sul, acima descritas, analisam-se os efeitos de políticas para a redução de emissões no comércio exterior brasileiro.

### 4.1. Análise da regulação de emissões no Brasil

Conforme previamente apresentado, um crédito de carbono é um certificado que representa o equivalente a uma tonelada métrica de dióxido de carbono que é impedida de ser emitida para a atmosfera, ou que é removida da atmosfera como resultado de um projeto de redução de carbono.

No Brasil, existem empresas que adotam o denominado "padrão voluntário", o que significa que as regulações são feitas por opção da empresa, seja por políticas de Governança Ambiental, Social e Corporativa (ESG, no acrônimo em inglês) ou pela adoção de metas voltadas ao SDG15 da Agenda 2030 das Nações Unidas, por exemplo. Na prática, isso significa que as empresas no país não precisam adotar os padrões estabelecidos no Protocolo de Quioto, e aquelas que quiserem cumprir objetivos de redução de emissões são livres para delimitar um tipo de regulação própria que se adeque a suas metas corporativas. O gráfico abaixo evidencia a evolução das emissões de GEE no país.

**Gráfico 5: Evolução das emissões de gases de efeito estufa no Brasil (em quilotoneladas)**




Fonte: Banco Mundial (2021).[29]

Analisando períodos mais recentes, entre 1990 e 2004 houve um crescimento significativo das emissões causadas, em grande parte, pelo aumento expressivo no desmatamento da Amazônia, aliado ao crescimento da indústria nacional. Entre 2004 e 2010, por sua vez, houve tentativas de contenção ao desmatamento, reduzindo-se as emissões. De 2010 até 2014, tem-se um novo aumento de emissões e, em 2016, percebe-se a tendência de queda no patamar de GEE, que esteve relacionado a uma recessão que ocorreu no país no período.

Ainda que as emissões brasileiras tenham sido 25% menores do que aquelas praticadas pela Coreia do Sul em 2016, elas são altas quando se considera a distinção das indústrias operantes nos dois países. Enquanto a maioria dos produtos fabricados pelo país asiático está concentrada em categorias de itens manufaturados, ou seja, aqueles que perpassam por um processo de industrialização que aumenta o seu valor agregado, o Brasil dispõe de itens majoritariamente classificados como básicos, que não passam por nenhum processo de alteração, ou semimanufaturados, que são produtos sujeitos a algum

[29] BANCO MUNDIAL. Op. cit., n. p.

processo de industrialização, mas que ainda precisam perpassar por outras etapas para chegarem à sua forma final.

O Brasil está entre os 10 países que mais emitem dióxido de carbono[30], e apesar de ter uma indústria consolidada em diversos segmentos produtivos, percebe-se que parte significativa das emissões está vinculada ao desmatamento de florestas, responsáveis por absorver o CO2 projetado na atmosfera.

Nesse cenário, faz-se necessária a regulamentação do Mercado Brasileiro de Redução de Emissões (MBRE), conforme determinado pela Política Nacional de Mudança do Clima.[31] Essa regulação remete ao mercado de créditos de carbono que, por meio da atração de investimentos e negociações relacionadas aos créditos, pode ser um importante fator de geração de riqueza e desenvolvimento sustentável no país.

Além disso, a implementação do MBRE viabilizaria o reconhecimento de créditos de carbono por meio de um padrão de certificação que evidencie os produtos com redução de GEE e em consonância com as melhores práticas internacionais. Com essa regulação seria possível mensurar as emissões no Brasil para, em seguida, adotar um modelo de participação internacional de mercado de carbono.

A regulamentação do mercado de carbono no Brasil seria uma experiência positiva, não somente para contribuir com o cumprimento das metas acordadas pelo Acordo de Paris, mas também para fomentar um ambiente produtivo de *accountability* e promover as melhores práticas internacionais em relação ao tópico.

Dessa forma, faz-se importante observar que essa medida posicionaria o Brasil como um pioneiro na regulamentação de um mercado de emissões de carbono na América do Sul, em prol de benefícios fiscais às empresas comprometidas, especialmente aquelas englobadas no segmento agroindustrial. Esse seria um modelo econômico proveitoso para o comércio exterior do Brasil, conforme será elucidado no tópico a seguir.

---

[30] IPÊ – Instituto de Pesquisas Ecológicas. **O Brasil está entre os países que mais emitem CO2 na atmosfera.** São Paulo, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://www.ipe.org.br/ultimas-noticias/1882-brasil-esta-entre-os-10-paises-que-mais-emitem-co2-na-atmosfera>. Acesso em 15 de maio de 2021.

[31] BRASIL. Lei 12.187, 29 dez. 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 dez. 2009.

### 4.2. Possíveis impactos da regulação de emissões para o comércio exterior brasileiro

Considerando o cenário do Brasil, que hoje ocupa o ranking como um dos dez maiores emissores de carbono do mundo, o país se comprometeu a diversas metas de proteção ambiental no Acordo de Paris. Reduzir 43% de suas emissões de gases de efeito estufa até 2030, erradicar o desmatamento até 2050 e zerar as emissões líquidas de carbono até 2060 são algumas das Contribuições Nacionalmente Determinadas[32] pelo país.

Para que as metas brasileiras sejam alcançadas, suas cadeias de produção e, consequentemente, de exportação, deverão passar por uma série de alterações para englobar medidas mais sustentáveis. Cumprir seus objetivos de preservação ambiental significaria a adequação de diversas empresas instaladas na região, com eventual adoção de padrões de redução da emissão de GEE.

O ato de exportar é uma escolha de mercado, mas também evidencia a alta capacidade produtiva de um país, que consegue abastecer a demanda interna com sua manufatura e ainda gera excedentes que podem ser comercializados internacionalmente. Nesse sentido, e considerando que o comércio exterior tende a explorar as vantagens comparativas de cada Estado, infere-se que cada país tende a exportar aquilo que mais produz e que possui melhores condição de produção. Assim, o gráfico abaixo apresenta as dez principais categorias de produtos exportados pelo Brasil em 2020.

[32] UNFCCC – UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Brazil First NDC (Updated). Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/Party.aspx?party=BRA>. Acesso em 28 de abril de 2021.

**Gráfico 6: Principais categorias de produtos exportados pelo Brasil em 2020**

Fonte: TradeMap, ITC (2021).[33]

Das dez principais categorias exportadas pelo Brasil, quatro se assemelham àquelas da Coreia do Sul: combustíveis minerais; ferro e aço; veículos automóveis e reatores nucleares e instrumentos mecânicos, o que remonta a uma possível comparação de adequação das indústrias nacionais a políticas ambientais. Não obstante, os dados evidenciam que as outras seis principais categorias de produtos exportados pelo Brasil são itens básicos e semimanufaturados. Ainda que não possuam uma cesta de itens completamente semelhante, entende-se que a regulação para o setor de energia, produção química e de papel e celulose, por exemplo, pode causar impactos no Brasil.

Pondera-se também que as cadeias de suprimento internacionais de *commodities* podem prejudicar a biodiversidade e o meio ambiente[34] e, em países em desenvolvimento, entre 35 e 60% das espécies podem ser ameaçadas em razão da produção de *commodities* para a exportação. Além disso, também deve ser levado em

[33] ITC – INTERNATIONAL TRADE CENTRE. Op. cit., n. p.
[34] WIEDMANN, T; LENZEN, M. Environmental and social footprints of international trade. **Nature Geoscience**, vol. 11, pp. 314–321, 2018.

consideração que as operações logísticas de comercialização entre países são responsáveis por pelo menos 12,5% da utilização de combustíveis fósseis no mundo.[35]

Considerando a experiência da Coreia do Sul, que remonta a uma adequação realizada por fases de transição, e o ajustamento de políticas ambientais para empresas que atuam no comércio internacional, avalia-se que o estabelecimento do mercado de carbono provavelmente não trará prejuízos ao fluxo de exportações do Brasil. Ressalta-se que outras consequências podem ser advindas dessas políticas. Contudo, no que concerne ao comércio exterior, é possível que não sofra impactos negativos, como demonstrado na análise da situação sul-coreana. Na Coreia do Sul, as principais categorias de produtos exportados anteriormente à regulação de políticas de emissões também se apresentam após a implementação de "políticas verdes", notadamente o mercado de crédito de carbono. O que se espera no Brasil é que, com as regulações ambientais, os segmentos produtivos tenham metas mais ambiciosas de preservação ambiental, ao passo que benefícios fiscais sejam desenvolvidos para incentivar o setor privado. Nesse sentido, além de maior segurança ambiental, o Brasil terá oportunidades mais amplas de desenvolvimento de tecnologias verdes para adaptar seu processo produtivo.

De acordo com as metas estipuladas pelo Acordo de Paris, todos os países deverão, em algum momento, gerar e adquirir créditos de carbono, a fim de cumprir suas Contribuições Nacionalmente Determinadas (NDCs) a que se comprometerem. Ressalta-se que as NDCs e as metas de regulação de carbono são medidas aplicadas por Estados, não havendo obrigações específicas para determinados setores produtivos ou empresas. Portanto, cabe à legislação nacional determinar os setores contemplados e os limites de emissões estipulados, de forma a contabilizar uma redução de GEE compatível com as NDCs de cada país. Cumpre destacar que as exportações brasileiras também estão expostas a taxas sobre emissões de carbono. Um exemplo é o Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM), mecanismo de ajuste fronteiriço das emissões de carbono que está sendo desenvolvido pela União Europeia para evitar que indústrias migrem para países

[35] EKIS, P; FOLKE, C; CONSTAZA, R. Trade, environment, and development: the issues in perspective. **Ecological Economics,** vol. 9, n. 1, pp. 1-12, 1994.

com menos regulações ambientais – fenômeno denominado fuga de carbono. Considerando que a União Europeia é o segundo maior comprador das exportações brasileiras[36], itens nacionais poderão ser submetidos às exigências técnicas e tarifárias dispostas pelo CBAM a partir de 2023. Com a aplicação de diretrizes para contagem e redução das emissões, o Brasil poderia exportar com maior facilidade e menor ônus às empresas estabelecidas na região.

Diante do exposto, passa-se agora a analisar eventuais impactos institucionais da regulação do mercado de carbono brasileiro para o desempenho do País no comércio internacional.

A regulação de emissões de carbono beneficiaria a atração de investimentos estrangeiros diretos, uma vez que o desenvolvimento do mercado de créditos de carbono ganha impulso em um momento em que as corporações endossam progressivamente a agenda ESG. Em 2020, observou-se uma onda de desinvestimentos no Brasil, o que considerou, dentre outros fatores, as práticas ambientais ineficientes para a redução do desmatamento. Nesse cenário, a atração de investimentos no Brasil torna-se cada vez mais desafiadora, considerando o índice contínuo de desaprovação das políticas de meio ambiente no país. Em 2020, o Fundo Soberano da Noruega excluiu empresas como Eletrobrás e Vale de seu portfólio[37], reiterando a importância da existência de metas claras de redução de emissão de carbono. Portanto, o estabelecimento de diretrizes para a regulação das emissões poderia viabilizar maior segurança entre investidores sobre as condições corporativas e ambientais no Brasil.

Ademais, o Brasil tem um projeto que perdura desde 2016 para acessão à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Somente após votação favorável do Conselho que se iniciam efetivamente as discussões de acessão com a criação do "Acession Roadmap", documento que indica as condições e o processo de acessão para o país. A entrada do Brasil no bloco também depende da aprovação de países

[36] ITC – International Trade Centre. Op. cit., n. p.

[37] GUIMARÃES, F. Fundos estrangeiros acusam governo de não ter mudado postura sobre pauta ambiental. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, Ano 142, n. 46.541, 21 mar. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,fundos-estrangeiros-acusam-governo-de-nao-ter-mudado-postura-sobre-pauta-ambiental,70003654867>. Acesso em 2 de maio de 2021.

como França, Alemanha e Noruega, por exemplo, que já se manifestaram contrariamente às políticas ambientais adotadas pelo Brasil nos últimos anos. Dessa forma, para ter votos favoráveis, é necessário que o Brasil demonstre ações concretas em favor da mudança da agenda climática.

Para além da anuência dos Estados Partes, o progresso da acessão do Brasil à OCDE dependerá da avaliação que será feita após o início das negociações de acessão, quando as políticas públicas brasileiras serão analisadas. Portanto, será preciso comprovar a implementação efetiva de instrumentos favoráveis à preservação ambiental.

No caso do Brasil, o Comitê de Política Ambiental da OCDE, que atua na delimitação de ações relacionadas às preocupações ambientais e competitividade, emitiu em 2015 um exame das políticas ambientais do país. Àquela época, a avaliação feita pelo Comitê apontou para os êxitos brasileiros em áreas como a redução do desmatamento, mas já evidenciou a necessidade de coerência entre políticas ambientais e outras políticas para alcançar bons resultados em relação à sustentabilidade. O relatório também endereçou a relevância ao Brasil de reavaliar as distorções nos incentivos econômicos do governo em prol da promoção de atividades e tecnologias menos poluentes.

De acordo com a análise realizada sobre a correlação entre políticas ambientais e comércio exterior, duas principais considerações podem ser apresentadas: (i) a adoção de regulações ambientais e, particularmente, das emissões de carbono se mostram como mecanismos que não interferem, necessariamente, de forma direta nos índices de exportação – isso significa que, de forma isolada e quando bem aplicadas, essas normativas não afetam o desempenho do fluxo de exportação de um país; e (ii) também podem existir externalidades positivas para o comércio exterior de países como o Brasil implementarem regulações ambientais mais ambiciosas: a atração de investimentos estrangeiros diretos, o fomento à pesquisa e desenvolvimento em tecnologias verdes e a convergência regulatória com as melhores práticas ambientais internacionais.

## 5. Conclusão

O problema desta pesquisa diz respeito a entender como medidas ambientais, de maneira especial o mercado de carbono, podem afetar o comércio exterior do Brasil e

da Coreia do Sul. A hipótese que a adoção de normas ambientais avançadas, como a regulação do mercado de carbono, pode não ser prejudicial ao comércio exterior do Brasil foi confirmada. Diante do exposto, verificou-se que a implantação de políticas em prol da prevenção de mudanças climáticas pode ser favorável ao comércio exterior. Ademais dos dados apresentados em relação às exportações, pode-se inferir que essas medidas também corroboram a atração de investimentos estrangeiros, segurança corporativa e eventual fortalecimento das relações comerciais com países alinhados a políticas verdes.

O caso da Coreia do Sul apresenta um modelo de sucesso das regulações de emissões, e pode ser considerado pelo Brasil para estudo em uma eventual discussão acerca da regulação de suas emissões de GEE. A política adotada pela Coreia engloba um modelo de regulação que começou com estudos e etapa preliminar de regulação voluntária das emissões; a partir disso, a ideia amadureceu e foi contemplando, gradualmente, diversos segmentos relevantes de indústrias exportadoras. Embora não exista uma semelhança geográfica ou identitária entre os países, se analisado criticamente e contemplando as particularidades para a adoção de políticas ambientais no Brasil, o estudo da Coreia pode servir como um modelo para avaliar possíveis etapas de implementação dessa discussão no Brasil.

De acordo com os resultados obtidos pelo exemplo da Coreia do Sul, a adoção de regulações mais ambiciosas em favor do meio ambiente não resultou em impactos negativos ao fluxo de exportações do país. Os indicadores permaneceram estáveis e as categorias de produção abarcadas também continuaram em desenvolvimento na região, mesmo após a aplicação de leis de redução de emissões. O que se percebeu, na realidade, foi o encontro de entraves diante da OMC: ainda que existam objetivos legítimos para a substituição de navios de carga por "eco-navios", por exemplo, faz-se necessário atentar que as regulações ambientais adotadas pelos Estados não sejam discriminatórias a outros parceiros comerciais.

Considerando que o Brasil é o país com maior número de emissões na América do Sul, é importante que se faça pioneiro em propostas ambientais, e o governo pode ter papel primordial para a redução de emissões de GEE. A qualidade ambiental depende de diversos fatores, mas a aplicação de leis contribui para reduzir efeitos de falha de mercado nesta questão. Isso se dá porque o Estado é capaz de impor procedimentos de

controle de carbono às empresas situadas na região. Ao contrário, se não houvesse obrigações legais na Coreia do Sul, por exemplo, as indústrias poderiam negligenciar os procedimentos de controle de emissões, ignorando as externalidades ambientais.

Reitera-se, ainda, que o Brasil já possui programas para a redução de emissões: o RENOVABio, que estimula a substituição de combustíveis fosseis por biocombustível; o Programa ABC, que preza por uma agricultura de baixo carbono; e o Rota 2030, que concede benefícios fiscais ao setor automotivo para investimentos em tecnologias menos poluentes; são ações efetivas do Brasil que contribuem para uma transição a uma economia de baixo carbono.

Não obstante, em relação ao comércio exterior brasileiro, muitas outras medidas relevantes podem ser tomadas para o incentivo ao crescimento sustentável. Uma alternativa para a criação de ferramentas e avanço de políticas de preservação ambiental, por meio da política comercial, é apresentar benefícios aduaneiros como vantagens no desembaraço de mercadorias, redução de tarifas, facilidade de transações comerciais e apoio a financiamento ou investimento de produtos que cumpram regulações ambientais ambiciosas.

Ademais, para que exista um cenário de redução de emissões, e para que o Brasil cumpra suas disposições do Acordo de Paris em uma escala de médio e longo prazo, o reflorestamento e a adoção de práticas sustentáveis na agropecuária também são elementos cruciais para melhorar o cenário atual de mudanças climáticas.

Pensando em possíveis medidas a serem tomadas a âmbito supranacional, o estabelecimento de relatórios anuais sobre o uso de recursos ambientais e pegadas de carbono dos países poderia ser uma alternativa relevante para as métricas de preservação das regiões e a adoção de políticas ambiciosas neste segmento. Uma convergência regulatória internacional seria o instrumento ideal para garantir a manutenção de níveis satisfatórios de proteção ambiental. No entanto, há de se levar em consideração os diferentes níveis de desenvolvimento dos países, suas distintas regras de operação de indústrias e questões políticas que possam dificultar regiões de consentirem com a padronização de normas.

Para ser eficiente a âmbito social, o comércio precisa de uma política ambiental coordenada internacionalmente. A parceria entre governos, empresas, instituições financeiras e organismos internacionais poderá corroborar o entendimento de responsabilidade compartilhada. Assim, será viável promover diversas ações em favor do comércio levando em consideração o desenvolvimento sustentável.

**Referências bibliográficas**

BANCO MUNDIAL. *Total greenhouse gas emissions*. Washington: Banco Mundial, 2016. Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.GHGT.KT.CE>. Acesso em 8 de maio de 2021.

BRASIL. Lei 12.187, 29 dez. 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. ***Diário Oficial da União***, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 dez. 2009.

CHOI, Y; QI, C. *Is South Korea's Emission Trading Scheme Effective? An Analysis Based on the Marginal Abatement Cost of Coal-Fueled Power Plants. Basel*: ***Sustainability***, vol. 11, no. 9, 2019.

COREIA DO SUL. Lei 11.419, 14 mai. 2012. *Act on the allocation and trading of greenhouse-gas emission permits.* ***Kwanbo*** (Diário Oficial da Coreia do Sul), Seul, 14 mai. 2012. Disponível em: <https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=24561&type=new&key=>. Acesso em 15 de maio de 2021.

COREIA DO SUL. Lei 9.931, 13 jan de 2010. *Framework act on low carbon, green growth.* ***Kwanb***(Diário Oficial da Coreia do Sul)***o***, Seul, 13 jan 2010. Disponível em: <https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=49999&type=sogan&key=60>. Acesso em 15 de maio de 2021.

DEBELLEVUE, E.B.; HITZEL, E.; CLINE, K.; BENITEZ, J.A.; RAMOS MIRANDA, J.; e SEGURA, O. *The North American Free Trade Agreement: an*

*ecological-economic synthesis for the United States and Mexico. Amsterdã*: ***Ecological Economics***, vol. 9, pp. 53-71, 1994.

EKIS, P; FOLKE, C; CONSTAZA, R. *Trade, environment, and development: the issues in perspective. Amsterdã:* ***Ecological Economics***, vol. 9, n. 1, pp. 1-12, 1994.

GATT – *GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE*. ***Trade and the Environment*****.** GATT, Genebra, pp. 19-20, 1992. Disponível em: <https://bit.ly/3f50TFv>. Acesso em 24 de abril de 2021.

GUIMARÃES, F. Fundos estrangeiros acusam governo de não ter mudado postura sobre pauta ambiental. **O Estado de S. Paulo,** São Paulo, Ano 142, n. 46.541, 21 mar. 2021. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,fundos-estrangeiros-acusam-governo-de-nao-ter-mudado-postura-sobre-pauta-ambiental,70003654867>. Acesso em 2 de maio de 2021.

HOLZER, K. *Emissions trading and WTO law*. In: ***Research Handbook on Emissions Trading*****.** Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016.

HYUN, J; OH, H. ***Korea's Emission Trading System: An Attempt of Non-Annex I Party Countries to Reduce GHG Emissions Voluntarily***, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3vdXCJD>. Acesso em 15 de maio de 2021.

ICAP – *INTERNATIONAL CARBON ACTION PARTNERSHIP. ETS Map*. ***ICAP ETS***, 2021. Disponível em: <https://icapcarbonaction.com/en/ets-map>. Acesso em 3 de junho de 2021.

_____. *Korea Emissions Trading Scheme*. ***ICAP ETS***, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3wiVMY0>. Acesso em 15 de maio de 2021.

IPÊ – Instituto de Pesquisas Ecológicas. **O Brasil está entre os países que mais emitem CO2 na atmosfera.** São Paulo, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://www.ipe.org.br/ultimas-noticias/1882-brasil-esta-entre-os-10-paises-que-mais-emitem-co2-na-atmosfera>. Acesso em 15 de maio de 2021.

ITC – *INTERNATIONAL TRADE CENTRE*. ***TradeMap*****.** Genebra: International Trade Centre. Disponível em: <https://trademap.org>. Acesso em 12 de maio de 2021.

MÉXICO. Lei 11.328, 6 jun. 2012. *Ley General de Cambio Climático.* ***Diario Oficial de la Federación***, Cidade do México, 6 jun. 2012.

OC – Observatório do Clima. **Mercado de carbono**. 2015. Disponível em: <https://www.oc.eco.br/mercado-de-carbono>. Acesso em 1º de maio de 2021.

OMC – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. DS594. Decisão do Órgão de Apelação. *Korea – Commercial Vessels*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds594_e.htm#>. Acesso em 8 de maio de 2021.

_____. DS58. Decisão do Órgão de Apelação. *United States – Shrimp*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds58_e.htm>. Acesso em 1º de maio de 2021.

_____. *Environmental requirements and market access: preventing 'green protectionism'*. Genebra: OMC, s.d. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_req_e.htm>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. *Making trade work for the environment, prosperity and resilience*. Genebra: OMC, 2018. Disponível em: < https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/unereport2018_e.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2021.

PRAZERES, T. Está dada a largada da competição em tecnologias verdes. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Ano 101, n. 33.559, 21 jan. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/tatiana-prazeres/2021/01/esta-dada-a-largada-da-competicao-em-tecnologias-verdes.shtml>. Acesso em 2 de maio de 2021.

REUTERS. ***Japan takes second complaint to WTO over South Korean shipbuilding,*** 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/japan-southkorea-wto-idUSL8N2AA4NV>. Acesso em 15 de maio de 2021.

SELA. Trade, environment and developing countries. In: THORSTENSEN, V. *A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais*. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v.

41, n. 2, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291998000200003&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 7 de março de 2021.

STEININGER, K. *Reconciling trade and environment: towards a comparative advantage for long-term policy goals*. Amsterdã: ***Ecological Economics***, vol. 9, pp. 23-42, 1994.

STUMP, D. A movimentação controlada de resíduos plásticos e o impacto ao livre comércio. In: FONTOURA, A; PRATES, V. **Coletânea Women Inside Trade - Volume I - Homenagem à Prof. Vera Thorstensen**. São Paulo: FGV, 2021.

THORSTENSEN, V. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 41, n. 2, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-73291998000200003&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em 7 de março de 2021.

UNFCCC – *UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. Brazil First NDC (Updated).* Disponível em: <https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/Party.aspx?party=BRA>. Acesso em 28 de abril de 2021.

WIEDMANN, T; LENZEN, M. *Environmental and social footprints of international trade. **Nature Geoscience***, vol. 11, pp. 314–321, 2018.

YOUNG, M.D. **Ecological-accelerated trade liberalisation: a set of disciplines for environment and trade agreements**. Amsterdã: ***Ecological Economics***, vol. 9, pp. 43-51, 1994.

# 7. PARÂMETROS PARA MODULAÇÃO/ALTERAÇÃO DE DIREITOS COM BASE EM ELEMENTOS DE INTERESSE PÚBLICO

## *7. PARAMETERS FOR MODULATION/ALTERATION OF DUTIES BASED ON ELEMENTS OF PUBLIC INTEREST*

Marina Staibano

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2.BREVE CONCEITUAÇÃO DAS MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL E DO INTERESSE PÚBLICO. 2.1. Medida *antidumping*. 2.2. Medida compensatória. 2.3. Interesse público. 3. PRECEDENTES DO INTERESSE PÚBLICO NO BBRASIL. 4. A UTILIZAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NO BRASIL. 4.1. PROCEDIMENTO. 4.2. Questionário de interesse público. 4.3.hipóteses de modulação decorrente do interesse público. 4.4. Aplicabilidade da experiência internacional na modulação dos efeitos no Brasil. 5. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** O presente artigo busca analisar quais são as hipóteses de modulação das medidas de defesa comercial por razões de interesse público no País; e com base na experiência internacional, se é possível utilizar no Brasil essas hipóteses de modulação. Para tanto, foi feito um estudo empírico dos instrumentos legais, casos de defesa comercial e interesse público brasileiros, bem como o entendimento da doutrina.

**ABSTRACT:** *This article aims at understandingwhat are the possible modulation effects of trade defense measures in Brazil, and based on international experience, if is it possible to use this modulation hypotheses in Brazil. For this analysis, an empirical study was made, focusing on legal instruments, cases of trade defense and public interest in Brazil, as well as a deep-dive into the doctrine undertsanding.*

## 1. Introdução

Os instrumentos de defesa comercial – medidas *antidumping*, compensatória e salvaguarda – possuem respaldo internacional, principalmente, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). Tais instrumentos, mundialmente difundidos, permeiam as relações comerciais entre as nações, protegendo seus interesses no que tange à concorrência e práticas leais de comércio.

Nesse mesmo sentido, a fim de promover um ambiente livre e transparente no comércio internacional, o GATT 1994 (*General Agreement on Tariffs and Trade)*, acordo firmado entre diversos países, cujo objetivo geral é promover o comércio internacional por meio da redução ou eliminação de barreiras comerciais, como tarifas ou cotas, traz alguns princípios básicos que disciplinam ou restringem as políticas de comércio exterior dos países:[1]

a) Não Discriminação: os países obrigam-se a conceder as mesmas vantagens ou privilégios a todos os demais, bem como a não conceder tratamento diferenciado a produtos nacionais e importados, quando o objetivo for discriminar o produto importado desfavorecendo a competição com o produto nacional;
b) Previsibilidade: prevê a consolidação dos compromissos tarifários para bens e das listas de ofertas em serviços, além das disciplinas em outras áreas da OMC;
c) Concorrência Leal: promoção de um comércio justo, aberto e livre de práticas comerciais desleais, tal como *dumping*;
d) Proibição de Restrições Quantitativas: proibição do uso de restrições quantitativas, como proibições e quotas, como meio de proteção ao produto nacional, exceto se previstas nas listas de compromissos dos países; e
e) Tratamento Especial e Diferenciado para Países em Desenvolvimento: os países desenvolvidos concordam em implementar medidas mais favoráveis aos países em desenvolvimento.

Nesse âmbito, portanto, passam a ganhar força as medidas de defesa comercial supramencionadas, buscando promover um ambiente de comércio internacional livre de distorções.

[1] The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT 1947). Disponível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm#articleI. Acesso em 10 de julho de 2021.

Com a aplicação de tais medidas, porém, surgem discussões importantes quanto à sua prevalência sobre demais interesses nacionais – o chamado interesse público. Com isso, advêm outros instrumentos legais, capazes de mitigar os efeitos das medidas *antidumping* e compensatórias, com a justificativa de avaliar e, eventualmente, modular o impacto da imposição das medidas *antidumping* e compensatória sobre os agentes econômicos como um todo.

Foca o presente estudo, portanto, na influência do instituto do interesse público nas medidas de defesa comercial brasileiras, bem como nas hipóteses de modulação das medidas com base no interesse público e na possibilidade de aplicação das hipóteses de outras jurisdições no Brasil.

Para fins do presente estudo, foram consideradas investigações e avaliações de interesse público iniciadas a partir de 1995 e finalizadas até dezembro de 2020 no Brasil.

## 2. Breve conceituação das medidas de defesa comercial e do interesse público

O interesse público, que será abaixo conceituado, ganha relevância no âmbito das medidas *antidumping* e compensatórias. A seguir, serão brevemente tratadas tais medidas e seus principais aspectos.

### 2.1. Medida *antidumping*

A primeira e mais comum medida de defesa comercial a ser ora conceituada é a medida *antidumping*. Ela está prevista no Acordo *Antidumping* (ADA – sigla para *Anti-dumping Agreement*, em inglês), da Organização Mundial do Comércio (OMC), que em seu Artigo 1 determina que poderá ser aplicada após a condução de investigações iniciadas e conduzidas de acordo com as provisões do referido acordo, nas quais as autoridades nacionais devem determinar se houve prática de *dumping* e se tal prática causou dano à indústria doméstica (*dumping*, dano e nexo causal).

Dando um passo para trás, faz-se necessária a breve conceituação, também, do termo *dumping*: "considera-se prática de *dumping* a introdução de um produto no mercado

doméstico brasileiro [...] a um preço de exportação inferior ao seu valor normal".[2] Por sua vez, entende-se como valor normal "o preço do produto similar, em operações comerciais normais, destinado ao consumo no mercado interno do país exportador".[3] Em outras palavras, verifica-se a prática de *dumping* quando determinado país exporta um produto a preço inferior àquele praticado em seu mercado interno.

O dano, por sua vez, pode ser verificado como dano material à indústria doméstica, ameaça de dano ou atraso material na implantação da indústria doméstica.[4]

Conforme antecipado, em uma investigação *antidumping* deve ser estabelecido o nexo causal entre esses dois elementos, muito bem conceituado pelo Guia de Investigações *Antidumping*[5]: "demonstração de que, por meio dos efeitos do dumping, as importações objeto de *dumping* contribuíram significativamente para o dano experimentado pela indústria doméstica, ainda que não sejam o único fator causador do dano*"*.

No Brasil, o Decreto 8.058, de 26 de julho de 2013, é o principal instrumento regulamentador dos procedimentos relativos à investigação e à aplicação de medidas *antidumping*, prevendo prazos, metodologias e critérios de análise a serem seguidos pelas partes interessadas.

## 2.2. Medida compensatória

A medida compensatória, prevista no Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias,[6] a partir da aplicação do Artigo VI do GATT 1994, é entendida como um direito especial concedido com a finalidade de contrabalancear qualquer subsídio concedido direta ou indiretamente ao produtor, à produção ou à exportação de qualquer mercadoria.[7]

---

[2] BRASIL. Decreto 8.058, de 26 de julho de 2013, art. 7º.
[3] Idem, art. 8º.
[4] Idem, art. 29.
[5] Guia Externo de Investigações Antidumping. 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, p. 24. Acesso em 10 de julho de 2021.
[6] ACORDO SOBRE SUBSÍDIOS E MEDIDAS COMPENSATÓRIAS. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/legislacao-roteiros-e-questionarios/acordo_cvd.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.
[7] Vide parágrafo 3 do Artigo VI do GATT 1994.

Da mesma forma que as medidas *antidumping*, somente poderão ser impostas medidas compensatórias após investigações iniciadas e conduzidas de acordo com o disposto no Acordo Sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e no Acordo sobre Agricultura, ambos da OMC.

O Decreto 1.751, de 19 de dezembro de 1995, regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas compensatórias no Brasil. De acordo com tal instrumento, "*"direito compensatório" significa montante em dinheiro igual ou inferior ao montante de subsídio acionável apurado, calculado nos termos do art. 14 e aplicado em conformidade com este artigo, com o fim de neutralizar o dano causado pelo subsídio acionável"*[8].

Assim, da mesma forma, entende-se que poderá ser aplicado direito compensatório desde que determinado subsídio concedido no país exportador cause dano à indústria doméstica no Brasil.

## 2.3. Interesse Público

Finalmente, o interesse público, no âmbito das medidas de defesa comercial, ganha relevância quando, a despeito dos efeitos positivos observados à indústria doméstica em decorrência da aplicação de medidas de defesa comercial, há consequências colaterais relevantes às cadeias a jusante e a montante e aos consumidores do produto em questão.

Assim, a avaliação de interesse público busca examinar se efeitos negativos eventualmente observados com a aplicação de medida de defesa comercial são mais danosos aos agentes econômicos como um todo, se comparados aos efeitos positivos da aplicação da medida em questão.

Para isso, a autoridade responsável por essa análise no Brasil – atualmente, a Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) – busca verificar se há elementos que excepcionalmente justifiquem a suspensão, alteração ou não aplicação de medidas *antidumping* e compensatórias por razão de interesse público.

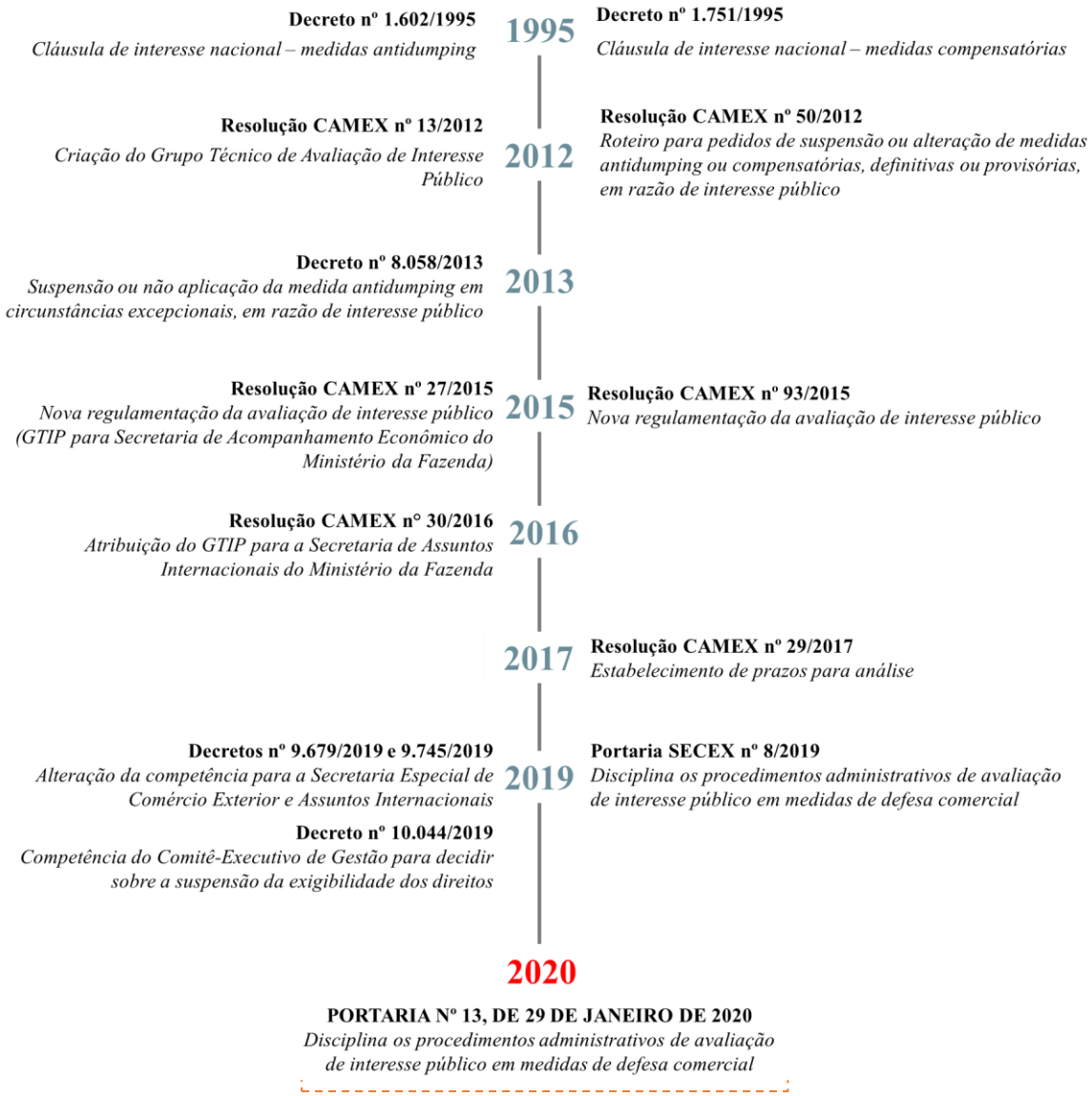
[8] BRASIL. Decreto 1.751, de 19 de dezembro de 1995, art. 55.

## 3. Precedentes do interesse público no Brasil

Apesar de, atualmente, o instituto do interesse público contar com instrumento legal próprio que o disciplina, sua origem remonta a cláusulas esparsas, previstas em legislação não específica sobre o tema.

A chamada cláusula de interesse público foi inicialmente prevista no Decreto 1.602, de 23 de agosto de 1995, em seu art. 64, §3º, tratando exclusivamente das medidas *antidumping* e prevendo a modulação de seus efeitos em razão de *interesse nacional*. Com relação às medidas compensatórias, essa mesma possibilidade, inclusive com redação bastante similar, era prevista no Decreto 1.751, de 19 de dezembro de 1995, art. 73, § 3º. Os demais marcos, a partir de então, são abaixo representados em diagrama:

**Figura 1 – Histórico da base legal aplicável ao interesse público**




Fonte: Elaboração própria.

Como se nota pela linha do tempo acima, diversos instrumentos legais trataram do interesse público até a publicação da Portaria atualmente em vigor – Portaria 13, de 29 de janeiro de 2020 –, que trata exclusivamente sobre o tema e compilou as regras aplicáveis.

Ao longo do período exposto da linha do tempo acima, a competência para iniciar avaliações de interesse público, analisar as informações disponíveis e decidir sobre elas passou por diferentes autoridades até a estrutura atual – Comitê-Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior (GECEX), Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) e Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM), conforme previsto nos artigos 91 e 96, respectivamente, do Decreto 9.745/2019.

Ainda, nota-se que o procedimento a ser adotado nas avaliações de interesse público ganhou robustez a cada medida publicada, passando de meras cláusulas isoladas de interesse nacional e interesse público para um conjunto de critérios a serem observados pelas partes interessadas e pela autoridade investigadora, hoje compilados na Portaria 13/2020 e no Questionário de Interesse Público, disponibilizado pela Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público, que será analisado em mais detalhes ao longo do presente estudo.

Fora da linha do tempo acima, porém altamente relevantes para orientar os agentes atuantes nos procedimentos de defesa comercial no Brasil, foram publicados, em abril de 2019, juntamente à Portaria SECEX 8/2019, o Guia Processual de Interesse Público, e, em seguida, o Guia Material de Avaliação de Interesse Público em Defesa Comercial. Esses documentos foram submetidos a consulta pública, tendo a SDCOM recebido manifestações de diversas entidades e associações.[9]

O procedimento acima deu origem ao Guia Consolidado de Interesse Público, que compila as disposições dos guias processual e material em um único documento.[10]

## 4. A utilização do interesse público no Brasil

[9] As contribuições estão consolidadas no Processo SEI/ME 19972.100912/2019-30.

[10] A versão consolidada disponível até a edição do presente artigo (abril/2021) é a Versão Consolidada em janeiro de 2020. Disponível em https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

### 4.1. Procedimento

Como brevemente analisado no tópico anterior, as avaliações de interesse público estão presentes há décadas no Brasil. Ocorre que, nem sempre, essas avaliações contaram com roteiro apropriado para guiar as partes interessadas[11] nos procedimentos, levando a uma utilização mais flexível, mas, ao mesmo tempo, com menor segurança jurídica aos agentes.

O advento da Portaria 13, de 29 de janeiro de 2020, trouxe a consolidação das regras aplicáveis ao procedimento das avaliações de interesse público no Brasil e representou importante marco legislativo do tema.

Inicialmente, um importante aspecto é trazido nos considerandos da Portaria 13/2020 e repetido ao longo dos artigos: "a avaliação de interesse público, conduzida pela Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público, convergirá para seguir o mesmo rito processual das investigações de *dumping* ou de subsídios, também conduzidas por esta Subsecretaria".[12]

Significa dizer que, de forma geral, o processo de avaliação de interesse público deverá ser conduzido concomitantemente à investigação original ou revisão de final de período das medidas de defesa comercial, inclusive com relação a prazos para submissão de manifestações. Nesse ponto, é importante a excepcionalidade: a avaliação de interesse público poderá, de forma excepcional, ser conduzida de forma independente aos procedimentos de defesa comercial, desde que atendidos, cumulativamente, requisitos específicos – prazo de, no mínimo, um ano da aplicação ou da última prorrogação da medida de defesa comercial e comprovação, mediante evidências, da ocorrência de fato superveniente excepcional (interrupção ou redução do fornecimento pela indústria doméstica, por exemplo).[13] Ainda, em nenhuma hipótese admite-se tal excepcionalidade por partes (produtores, exportadores, partes

[11] BRASIL. Portaria 13, de 29 de janeiro de 2020 - Art. 8º Para fins dessa Portaria, serão consideradas partes interessadas no processo de avaliação de interesse público aquelas que puderem ser afetadas pela decisão de aplicação de medidas de defesa comercial, desde que apresentem procuração com poderes específicos e que submetam o Questionário de Interesse Público disponibilizado na página eletrônica deste Ministério.

[12] BRASIL. Portaria 13, de 29 de janeiro de 2020, sexto considerando.

[13] BRASIL Portaria 13, de 29 de janeiro de 2020, art. 7º, I e II e § 2º.

relacionadas e governos estrangeiros) que não colaboraram com a investigação original ou revisão de final de período da medida de defesa comercial correlata[14].

A Portaria 13/2020 tem o condão, também, de vincular a própria autoridade às avaliações de interesse público: enquanto nas revisões de final de período as avaliações de interesse público são facultativas, podendo ser pleiteadas pelas partes ou *ex officio* a critério da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público, nas investigações originais a avaliação de interesse público será obrigatória e iniciada por meio do ato da Secretaria de Comércio Exterior que der início à investigação original de defesa comercial. Assim, desde 2020, toda e qualquer investigação original de *dumping* ou de subsídios deve, obrigatoriamente, contar com avaliação de interesse público correlata, com manifestações das partes interessadas por meio do Questionário de Interesse Público.

Com relação à avaliação de interesse público vinculada a investigações originais, a Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público deve apresentar suas conclusões preliminares juntamente ao parecer de determinação preliminar elaborado no âmbito de investigação original de *dumping* ou subsídios, e tais conclusões terão como base informações trazidas aos autos pelas partes interessadas e pelos membros e convidados do Comitê-Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior até o prazo para submissão do Questionário de Interesse Público[15], que será o mesmo prazo concedido ao importador/produtor nacional para restituição de seus respectivos questionários no âmbito da investigação original de *dumping* ou de subsídios.[16]

Da mesma forma, quando da divulgação do parecer de determinação final elaborado no âmbito de investigação original de defesa comercial, a Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público deve apresentar suas conclusões finais acerca da avaliação de interesse público.

[14] BRASIL. Portaria 13, de 29 de janeiro de 2020, art. 7º, I e II e § 4º.

[15] Caso não sejam remetidas informações pelas partes dentro do prazo de determinação preliminar, é facultado às partes a apresentação de questionários de interesse público apresentados após tal prazo para contribuições a serem adotadas para fins de determinação final, desde que submetidos em até 60 dias da data de publicação das conclusões preliminares, conforme § 4º do artigo 5º da Portaria 13/2020.

[16] BRASIL. Decreto 8.058, de 26 de julho de 2013, art. 50.

Nas revisões de final de período da medida de defesa comercial, por sua vez, o procedimento é similar, com algumas adaptações em razão da sua não obrigatoriedade. As conclusões preliminares que subsidiarão a decisão de abertura ou não da avaliação de interesse público serão apresentadas juntamente à publicação de ato da Secretaria de Comércio Exterior contendo os prazos da revisão ou parecer de determinação preliminar. Tais conclusões terão como base as mesmas informações descritas anteriormente (informações trazidas aos autos pelas partes interessadas e pelos membros e convidados do Comitê-Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior). Da mesma forma, caso se decida pela abertura da avaliação de interesse público, a Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público apresentará suas conclusões finais concomitantemente ao parecer de determinação final da revisão de final de período.

Uma diferença essencial entre os dois procedimentos (investigação original e revisão de final de período) deve ser observada: enquanto na investigação original a abertura da avaliação de interesse público é automática, nas revisões de final de período exige-se da parte interessada, para abertura da avaliação, a apresentação de indícios de interesse público e/ou elementos mínimos de inteligibilidade, conforme § 6º do art. 6º da Portaria 13/2020.

Sobre as informações consideradas pela autoridade nas avaliações de interesse público, seja em investigações originais ou revisão de final de período, é facultada à autoridade a utilização de: informações trazidas nos Questionários de Interesse Público; informações disponíveis nos autos do processo de investigação original de *dumping* ou de subsídios; e/ou fontes alternativas de informação.

Ainda, conforme acima mencionado, são consideradas para as conclusões da autoridade avaliadora as informações trazidas pelos membros e convidados do Comitê-Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior. Para isso, a Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público informará, por meio de ofícios, da avaliação de interesse público aos membros e convidados do Comitê-Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior para que, caso queiram, manifestem-se previamente ao encerramento da fase probatória.

Em análise empírica, por amostragem, de avaliações de interesse público recentes[17], os ofícios são remetidos, em regra, aos seguintes membros:

- Gabinete do Ministro da Economia
- Presidência da República/Casa-Civil
- Secretaria-Geral das Relações Exteriores
- Secretaria-Executiva do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento
- Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais do Ministério da Economia
- Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade do Ministério da Economia
- Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia
- Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia
- Secretaria-Executiva da Câmara de Comércio Exterior
- Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica
- Presidência da Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos

Em seguida, já em seu artigo 3º, a Portaria 13/2020 traz os elementos que poderão ser analisados nas avaliações de interesse público, quais sejam: impacto na cadeia a jusante e a montante, disponibilidade de produtos substitutos em origens não afetadas pela medida de defesa comercial, estrutura do mercado e a concorrência, temporalidade da medida de defesa comercial em vigor, caracterização do produto sob análise como insumo para a cadeia a jusante, histórico de suspensão ou alteração por razões de interesse público da medida, entre outros aspectos.

Como se nota, os elementos analisados pela autoridade extrapolam o âmbito puramente do *dumping*/análise de subsídios, dano e nexo causal, passando à análise da cadeia em que o produto se insere, além de aspectos econométricos e concorrenciais. No tópico seguinte, serão analisados com mais detalhes os elementos que a autoridade busca contribuição das partes interessadas e que são analisados para eventual modulação dos efeitos da medida de defesa comercial.

[17] Processo SEI/ME 19972.101251/2020-01, Ofício Circular SEI 2832/2020/ME;
Processo SEI/ME 19972.101251/2020-01, Ofício Circular SEI 2832/2020/ME;
Processo SEI/ME 19972.100252/2021-10, Ofício Circular SEI 550/2021/ME;
Processo SEI/ME 19972.100556/2020-98, Ofício Circular SEI 1529/2020/ME;
Processo SEI/ME 19972.101223/2020-86.

### 4.2. Questionário de interesse público

Conforme antecipado, a autoridade brasileira baseará suas conclusões preliminares nas informações trazidas aos autos pelas partes interessadas e pelos membros e convidados do Comitê-Executivo de Gestão da Câmara de Comércio Exterior (GECEX) com base em manifestações, provas e informações levadas aos autos por meio do Questionário de Interesse Público. O questionário, no caso das revisões de final de período, é mandatório quando as partes interessadas desejam pleitear a abertura da avaliação de interesse público. É mandatório, também, nas hipóteses de fato superveniente excepcional ou após prazo de, no mínimo, 1 ano da aplicação ou da última prorrogação da medida *antidumping* ou compensatória.

O Questionário de Interesse Público é composto por questões referentes à avaliação preliminar de interesse público e referentes à avaliação final. Para a avaliação preliminar, devem ser abordados pelas partes: (i) características, cadeia produtiva e mercado do produto sob análise; (ii) oferta internacional do produto sob análise; e (iii) oferta nacional do produto sob análise. Para a avaliação final, além desses elementos, serão analisados, também, (iv) impactos da medida de defesa comercial na dinâmica do mercado nacional.O Guia Consolidado de Interesse Público resume na seguinte tabela os elementos analisados em cada etapa:

**Figura 2 – Critérios analisados no questionário de interesse público**

| Critérios Analisados | Avaliação Preliminar de Interesse Público | Avaliação Final de Interesse Público |
|---|---|---|
| **I. Características do produto, da cadeia produtiva e do mercado de produto sob análise** | | |
| I.1 Características do produto sob análise | X | X |
| I.2 Cadeia produtiva do produto sob análise | X | X |
| I.3 Substitutibilidade do produto sob análise | X | X |
| I.4. Concentração do mercado do produto sob análise | X | X |
| **II. Oferta internacional do produto sob análise** | | |
| II.1 Origens alternativas do produto sob análise | X | X |
| II.2 Barreiras tarifárias e não tarifárias ao produto sob análise | X | X |
| **III. Oferta nacional do produto sob análise** | | |
| III.1 Consumo nacional aparente do produto sob análise | X | X |
| III.2 Risco de desabastecimento e de interrupção do fornecimento em termos quantitativos | X | X |
| III.3 Risco de restrições à oferta nacional em termos de preço, qualidade e variedade | X | X |
| **IV. Impactos da medida de defesa comercial na dinâmica do mercado nacional** | | |
| IV.1 Impactos na indústria doméstica | - | X |
| IV.2 Impactos na cadeia a montante | - | X |
| IV.3 Impactos na cadeia a jusante | - | X |
| **Anexo** | | |
| Simulação de impactos | - | X |

Fonte: Guia Consolidado de Interesse Público, p. 153.[18]

Cada uma das questões acima elencadas engloba diversos elementos que podem ser trazidos pelas partes. Para balizar os respondentes, o próprio Guia Consolidado de Interesse Público elenca lista exemplificativa e não exaustiva de elementos em cada item.

[18] Disponível em https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guias/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

### 4.3. Hipóteses de modulação decorrente do interesse público

Inicialmente, a SDCOM poderá concluir negativamente pela aplicação ou prorrogação de medida *antidumping* ou compensatória, hipótese em que compete à Secretaria de Comércio Exterior o encerramento da avaliação de interesse público concomitantemente ao encerramento da investigação original de *dumping* ou de subsídios ou da revisão de final de período de medida *antidumping* ou compensatória correspondente, por perda de objeto da avaliação de interesse público.

Caso, porém, a SDCOM decida positivamente pela aplicação ou prorrogação de medida *antidumping* ou compensatória, cabe ao GECEX, no caso de medidas *antidumping* ou compensatórias em vigor, o encerramento da avaliação de interesse público e a decisão final acerca das hipóteses previstas no artigo 14 da Portaria 13/2020, acompanhada da fundamentação que a motivou. Ressalva-se que o montante de direito *antidumping* ou de direito compensatório recomendado não excederá a margem de *dumping* ou o montante de subsídios acionável apurado.

A Portaria 13/2020, em seu artigo 14, delimita o rol taxativo de possíveis recomendações a serem fornecida pela SDCOM. São elas:

a) suspensão, por até um ano, prorrogável uma única vez por igual período, da exigibilidade de direito *antidumping* definitivo ou de compromissos de preços;
b) não aplicação do direito *antidumping* provisório;
c) homologação de compromisso de preços ou a aplicação de direito *antidumping* definitivo em valor diferente do recomendado;
d) suspensão da aplicação de direito compensatório provisório ou definitivo ou a não homologação de compromissos;
e) aplicação do direito compensatório provisório ou definitivo em valor diferente do recomendado.

Até a edição da Portaria 13/2020 (portanto, entre 1995 e dezembro de 2019), foram concluídas 60 avaliações de interesse público no Brasil, com diversas decisões – suspensão da medida de defesa comercial, prorrogação da suspensão, extinção da medida de defesa comercial, reaplicação da medida, alteração da medida e manutenção da medida. Se considerado o critério binômio produto/origem, que considera no cálculo a quantidade total de origens investigadas, bem como as avaliações iniciadas ao longo do período em questão, soma-se, no total, 135 avaliações de interesse público.

Já durante a vigência da Portaria 13/2020, em 2020, foram iniciadas 16 avaliações de interesse público e encerradas/concluídas 14 avaliações.

Abaixo, serão analisadas individualmente cada uma das hipóteses e suas consequências práticas para a medida de defesa comercial em questão, não necessariamente na ordem acima.

### 4.3.1. Suspensão, por até um ano, prorrogável uma única vez por igual período, da exigibilidade de direito *antidumping* definitivo ou de compromissos de preços

Nessa hipótese, o direito *antidumping* definitivo ou o compromisso de preço apurados na investigação de *dumping* correlata são fixados normalmente, sem qualquer modulação com base em interesse público, porém, sua exigibilidade fica suspensa, inicialmente por até um ano.

Caso o ato de suspensão da medida *antidumping* não preveja a reaplicação automática do direito após o período inicialmente delimitado – de até um ano – é possível que sejam apresentados pleitos de reaplicação da medida ou, ainda, de prorrogação da suspensão, por igual período.

Caso não sejam apresentados tais pleitos, cabe à SDCOM apresentar ao GECEX parecer com sua recomendação posterior, que pode ser prorrogação da suspensão por mais um ano ou por igual período, se inferior a um ano ou extinção da medida *antidumping*, quando a suspensão pelo prazo máximo (até dois anos) já tiver ocorrido.

Dessa forma, se há interesse da parte na suspensão/extinção da medida, não há necessidade de manifestação; porém, para as partes interessadas em futura reaplicação da

medida, é recomendável a manifestação para evitar a extinção da medida, mesmo que essa manifestação signifique prorrogar a suspensão de exigibilidade.

Isso porque é facultado às partes interessadas pleitear a reaplicação da medida *antidumping* suspensa, por meio do Questionário de Interesse Público, entre 3 e 4 meses antes do vencimento da suspensão.

A partir do pleito de reaplicação e após manifestações das partes interessadas nos autos, caberá, novamente, à SDCOM a emissão de parecer ao GECEX, recomendando a prorrogação da suspensão por até um ano, desde que não seja a primeira prorrogação; a reaplicação da medida *antidumping*, em valor igual ou diferente daquele previamente aplicado, pelo prazo de vigência remanescente dessa medida; ou a extinção da medida *antidumping*.

Aqui, surge a possibilidade de modulação do *quantum* da medida *antidumping*: a reaplicação da medida *antidumping*, em valor igual ou diferente daquele previamente aplicado, pelo prazo de vigência remanescente dessa medida.

Poderá resultar do pedido de reaplicação, portanto, além da reaplicação em montante igual ao originalmente aplicado (maior interesse da indústria doméstica), a redução do direito *antidumping*. Em qualquer dessas hipóteses, o direito permanecerá vigente pelo restante do período previsto originalmente.

Em situação contrária, ou seja, caso o ato de suspensão da medida de defesa comercial estabeleça expressamente a reaplicação da medida de defesa comercial ao final do período da suspensão, as partes interessadas (normalmente, exportadores e importadores), poderão apresentar pleitos de prorrogação da suspensão da medida.

Pedidos de prorrogação da suspensão das medidas *antidumping* podem resultar em prorrogação da suspensão por mais 1 (um) ano, quando aplicável, reaplicação da medida *antidumping* pelo seu prazo remanescente ou extinção da medida *antidumping*.

### 4.3.2. Suspensão da aplicação de direito compensatório provisório ou definitivo ou a não homologação de compromissos

O mesmo procedimento disposto no item 4.3.1 acima se aplica à medida compensatória definitiva, que poderá ser suspensa em razão de interesse público. Aqui, não há

a previsão de um ano prorrogável por igual período, uma vez que, caso o ato de suspensão da medida compensatória não preveja expressamente sua validade, a suspensão subsistirá pelo prazo remanescente da medida compensatória.

O trâmite processual é o mesmo descrito para as medidas *antidumping*, porém, há algumas peculiaridades no caso de medida compensatória.

Enquanto os pedidos de prorrogação da suspensão das medidas *antidumping* podem resultar nas hipóteses acima destacadas (prorrogação da suspensão, reaplicação ou extinção da medida *antidumping*), no caso das medidas compensatórias, os pedidos de reaplicação têm apenas dois caminhos, quais sejam prorrogação da suspensão pelo prazo remanescente da medida ou reaplicação pelo prazo remanescente da medida

Assim, temos que, no caso de ato prevendo reaplicação automática da medida no caso de suspensão, cabe, ao final do prazo, o pedido de prorrogação da suspensão, levando às hipóteses descritas no parágrafo anterior, ou, ainda, a não apresentação de pedido de prorrogação da suspensão, hipótese em que será reaplicada imediatamente a medida compensatória em questão.

Na contrapartida, quando o ato que suspendeu a medida compensatória não prevê sua reaplicação automática após o término da suspensão, cabe pedido de reaplicação da medida por meio de questionário de interesse público após, no mínimo, um ano da suspensão. No caso de não apresentação de pedido de reaplicação, caberá à SDCOM remeter ao GECEX parecer opinando pela prorrogação da suspensão da medida, pelo prazo remanescente da medida compensatória.

Por outro lado, caso seja apresentado pleito de reaplicação da medida, será iniciada nova avaliação de interessa público, com conclusão de prorrogação da suspensão; ou reaplicação da medida compensatória pelo prazo remanescente.

### 4.3.3. Não aplicação do direito *antidumping* provisório

Após as conclusões preliminares da SDCOM na investigação *antidumping* correlata, caso a autoridade entenda que há elementos suficientes para prosseguimento da investigação, a avaliação de interesse público será iniciada – ressalta-se, apenas nas revisões de

final de período, uma vez que, nas investigações originais, a avaliação de interesse público é obrigatória.

Suas razões, divulgadas juntamente com o ato relacionado à investigação *antidumping*, chamadas de conclusões preliminares, poderão embasar a não aplicação dos direitos *antidumping* e compensatórios provisórios pelo GECEX.

### 4.3.4. Aplicação de direito *antidumping* definitivo ou direito compensatório provisório ou definitivo em valor diferente do recomendado

Outra conclusão possível da avaliação de interesse público é a recomendação de aplicação de direito *antidumping* definitivo ou compensatório provisório ou definitivo em valor diferente daquele recomendado na investigação de defesa comercial correlata.

Nessas hipóteses, a norma aplicável[19] confere à SDCOM a liberdade de definir, no âmbito de cada caso concreto, a metodologia a ser utilizada no cálculo do montante a ser recomendado, considerando-se fatores como informações e sugestões de parâmetros trazidos aos autos pelas partes interessadas, se aplicável.

Caso o ato que aplicar os direitos em valor diferente do recomendado estabeleça prazo que se encerre antes do término da vigência da medida *antidumping* ou compensatória, ao final desse prazo, caberá à SDCOM remeter ao GECEX recomendação de prorrogação da aplicação do direito em questão no valor previamente aplicado por razões de interesse público, pelo prazo remanescente da medida *antidumping* ou compensatória, exceto quando for apresentado pleito fundamentado de alteração do valor ou de suspensão da exigibilidade da medida *antidumping* ou compensatória.

No caso de apresentação de pleito de alteração do valor ou de suspensão da exigibilidade da medida *antidumping* ou compensatória, a conclusão da SDCOM poderá ser pela manutenção do direito *antidumping* ou compensatório, pelo prazo remanescente da medida; aplicação do direito *antidumping* ou compensatório em outro valor diferente do previamente aplicado por razões de interesse público, pelo prazo remanescente da medida em

[19] BRASIL. Portaria 13, de 29 de janeiro de 2020, art. 14, §4º.

questão; suspensão, por até um ano, prorrogável uma única vez por igual período, da exigibilidade de direito *antidumping* definitivo ou de compromissos de preços em vigor; ou suspensão da aplicação de direito compensatório definitivo.

### 4.3.5. Homologação de compromisso de preços em valor diferente do recomendado

No mesmo sentido, a autoridade pode concluir, também, pela homologação de compromisso de preços em valor diferente do recomendado na investigação de defesa comercial correlata.

Assim, conforme indicado na hipótese anterior, caso o ato que homologar compromisso de preço em valor diferente do recomendado estabeleça prazo que se encerre antes do término da vigência da medida *antidumping* ou compensatória, ao final desse prazo, caberá à SDCOM remeter ao GECEX recomendação de prorrogação da aplicação compromisso de preço no valor previamente homologado por razões de interesse público, pelo prazo remanescente da medida *antidumping* ou compensatória, exceto quando for apresentado pleito fundamentado de alteração do valor ou de suspensão da exigibilidade da medida *antidumping* ou compensatória.

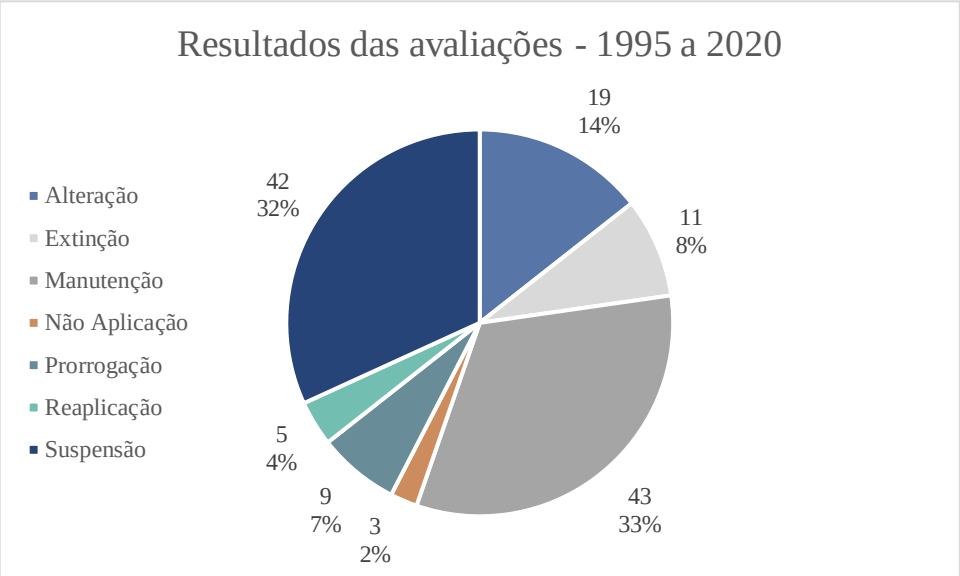
No caso de apresentação de pleito de alteração do valor ou de suspensão da exigibilidade da medida *antidumping* ou compensatória, a conclusão da SDCOM poderá ser pela suspensão, por até um ano, prorrogável uma única vez por igual período, da exigibilidade dos compromissos de preços em vigor ou pela não homologação de compromissos de preço.

### 4.3.6. Análise das conclusões de avaliações de interesse público no Brasil

Abaixo, são apresentados, no gráfico, os resultados das avaliações de interesse público encerradas entre 1995 e 2020:[20]

[20] Não foram contabilizadas 3 investigações encerradas em 2020 por perda de objeto ou sem análise de mérito.

**Figura 3 – Representatividade das conclusões das avaliações de interesse público[21]**




Fonte: Elaboração própria com base em dados disponibilizados pela SDCOM.

No Brasil, a hipótese de suspensão é a segunda consequência mais comum das avaliações de interesse público, atrás somente da manutenção. Entre 1995 e 2020, 42 avaliações de interesse público, 32% do total, resultaram na suspensão do direito aplicado.

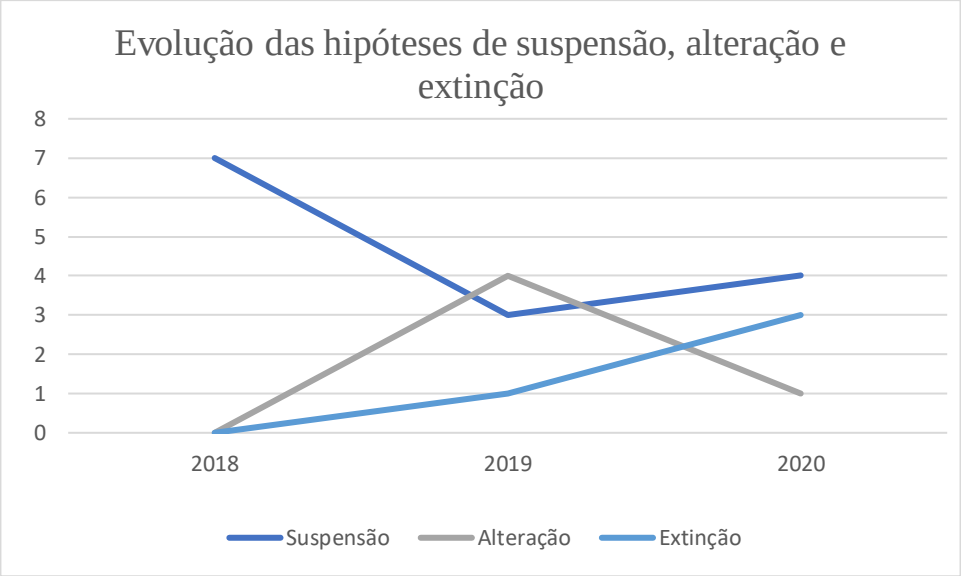
A alteração das medidas de defesa comercial, entre 1995 e 2020, representou 14% das conclusões de avaliações de interesse público.

Em 2020, as hipóteses de suspensão, alteração ou extinção da medida de defesa comercial ganharam mais relevância: 5 das 14 avaliações de interesse público concluídas resultaram em alguma dessas hipóteses, ficando em primeiro lugar dentre as possíveis conclusões.

O gráfico abaixo apresenta a evolução das hipóteses de extinção, suspensão ou alteração nos últimos três anos:

[21] Vide Anexo I com os dados utilizados para elaboração do gráfico.

**Figura 4 – Conclusões de suspensão, alteração e extinção – 2018 a 2020**[22]




Fonte: Elaboração própria com base em dados disponibilizados pela SDCOM. Análise com base no binômio origem-produto.

Conforme se observa, exceto em 2019, a hipótese de suspensão historicamente é a mais utilizada pela autoridade dentre as três opções analisadas. Em 2018, as outras duas hipóteses – alteração e extinção – sequer foram utilizadas. Já em 2019 e 2020, com o advento das Portarias que trouxeram regras mais robustas ao procedimento de interesse público e normatizaram taxativamente as conclusões possíveis por parte da autoridade, houve pulverização das decisões, que passaram a ser distribuídas mais uniformemente – chegando a hipótese de alteração da medida de defesa comercial a ultrapassar a hipótese de suspensão em 2019. Já em 2020, a hipótese de suspensão, não utilizada em 2018 e utilizada apenas uma vez em 2019, ganhou relevância, com três decisões nesse sentido (ou duas, se considerado o critério por investigação – no caso, investigações de sal grosso (Chile) e laminados a quente (China e Rússia), somando-se duas investigações e impactos a três países).

Uma interpretação possível dessa observação é que, com as novas Portarias, a autoridade se viu diante de uma maior variedade de conclusões possíveis – e plenamente

[22] Vide Anexo I.

normatizadas –, que, antes do advento das Portarias em questão, limitavam-se, em grande parte, apenas à suspensão.

Da mesma forma, comparando-se com o ano de 2018 – período imediatamente anterior à entrada em vigor das Portarias de Interesse Público –, a hipótese de manutenção também teve uma representatividade muito maior. Em 2018, não houve nenhuma decisão de manutenção das medidas de defesa comercial, enquanto em 2019 aproximadamente 31% das decisões foram de manutenção das medidas e em 2020 esse número foi de cerca de 36%.

Essa análise evidencia que, com o advento das Portarias específicas para o interesse público no Brasil, não só a autoridade passou a contar com uma variedade maior de conclusões possíveis previstas na norma brasileira, como, também, os agentes (partes interessadas) passaram a utilizar de forma mais frequente o instituto das avaliações de interesse público no país, trazendo maior robustez ao ambiente da defesa comercial brasileira e um novo braço das investigações e revisões de final de período.

Por sua vez, a hipótese de não aplicação do direito *antidumping* provisório mostra-se pouco frequente no recorte analisado (2019 a 2021[23]). Em 2019 e 2021, a SDCOM não emitiu nenhum parecer nesse sentido, enquanto em 2020 essa hipótese foi utilizada apenas uma vez. Importante notar, também, que é esperada a baixa frequência de decisões nesse sentido, tendo em vista que essa hipótese somente é aplicável em investigações originais e que determinam a aplicação de direito provisório, ou seja, minoria das investigações de defesa comercial no Brasil.

Outro dado importante é o aumento, mesmo que discreto, dos pareceres de interesse público emitidos pela SDCOM a cada ano. No primeiro quadrimestre de 2019, foram concluídos 7 pareceres/Notas Técnicas pela SDCOM[24] que subsidiaram investigações de interesse público. No mesmo período de 2020, esse número foi de 11 pareceres/Notas

[23] O histórico disponível tratando dessa hipótese compreende somente os anos de 2019 a 2021, motivo pelo qual não foi considerado o recorte de 2018 a 2020. Vide https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/estatisticas-quadrimestrais. Acesso em 11 de junho de 2021.

[24] Disponível em https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/estatisticas-quadrimestrais/estatisticas-quadrimestrais-de-periodos-anteriores/estatisticas-quadrimestrais-de-defesa-comercial-e-interesse-publico-jan-abr-2019. Acesso em 11 de junho de 2021.

Técnicas[25] e em 2021, 13 pareceres/Notas Técnicas.[26] Esses números refletem o volume de avaliações de interesse público iniciadas em cada período: 4 avaliações de interesse público no primeiro quadrimestre de 2019, 11 avaliações de interesse público no primeiro quadrimestre de 2020 e 13 avaliações de interesse público no primeiro quadrimestre de 2020.

A análise dos dados demonstra, portanto, que nos períodos mais recentes as avaliações de interesse público tornaram-se mais frequentes e suas conclusões passaram a ser mais heterogêneas, com o uso, pela autoridade, das hipóteses previstas nas Portarias específicas, não se limitando às hipóteses de manutenção ou suspensão historicamente mais comuns.

### 4.4. Aplicabilidade da experiência internacional na modulação dos efeitos no Brasil

O instituto do interesse público analisado no presente artigo é utilizado, ainda que com outras regras e metodologias, em outras jurisdições – principalmente na União Europeia, Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido.[27]

A Nova Zelândia reintroduziu o chamado "teste de interesse público" nas investigações de defesa comercial em 2017[28], depois de removido da legislação em 1966.[29] Porém, a legislação aplicável não especifica as possíveis conclusões com base em interesse público, indicando, somente, que caberá à autoridade determinar se a imposição da medida de defesa comercial atende ou não ao interesse público e, caso não atenda, a investigação deverá ser finalizada sem aplicação das medidas.[30] A partir da reintrodução do teste de interesse

[25] Disponível em https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/estatisticas-quadrimestrais/estatisticas-quadrimestrais-de-periodos-anteriores/copy_of_estatisticas-quadrimestrais-de-defesa-comercial-e-interesse-publico-jan-abr-2020. Acesso em 11 de junho de 2021.

[26] Disponível em https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/estatisticas-quadrimestrais. Acesso em 11 de junho de 2021.

[27] Tendo em vista a escassez de precedentes na Nova Zelândia e Reino Unido sobre esse tema, esses países não serão analisados para fins de modulação de efeitos.

[28] NOVA ZELÂNDIA, Trade (Anti-dumping and Countervailing Duties) Amendment Act, 2017.

[29] DIXIT, K. Finding the Balance: A Public Interest Test in the Dumping and Countervailing Duties Act 1988. Nova Zelândia: 2017.

[30] Vide Trade (Anti-dumping and Countervailing Duties) Amendment Act 2017, 10HStep 2: determination e 17JFull review stage 2: determination.

público, que passou a ser aplicado em investigações a partir de 2019, foram concluídas 9[31] investigações de defesa comercial, sendo que em apenas quatro delas houve menção ao teste de interesse público e em todas determinou-se que a aplicação da medida de defesa comercial atendia ao interesse público, não havendo, portanto, qualquer modulação.

Da mesma forma, na União Europeia, o chamado "teste de interesse da União" deve determinar, unicamente, se há ou não interesse público na aplicação da medida de defesa comercial.[32] Não há, nos dados oficiais disponibilizados pelo bloco, informações exclusivas sobre os testes de interesse da União, tendo em vista que o teste é mandatório em todas as investigações de defesa comercial; porém, pela análise de alguns dos precedentes divulgados, verificou-se como resultados a alteração da medida aplicada – alteração na duração da medida ou na forma de aplicação da medida (alíquota específica para *ad valorem*, por exemplo) – e a não aplicação da medida.[33]

O Reino Unido, por sua vez, após a saída de União Europeia (*Brexit*), passou a contar com regras próprias sobre defesa comercial e interesse público. Assim, nessa jurisdição, em investigações de *dumping* ou subsídios, a presunção padrão é que o chamado "teste de interesse econômico" seja atendido, portanto, só se considera que o teste não foi atendido se são verificados impactos desproporcionais à necessidade de remover o prejuízo causado à indústria doméstica com a aplicação da medida de defesa comercial. Esta presunção não se aplica a investigações de salvaguarda, em que deve ser demonstrado que a aplicação da medida é do interesse econômico do Reino Unido. Ao determinar que o teste de interesse econômico não foi cumprido, deve ser indicada, também, qual opção minimizaria melhor os impactos

[31] Vide https://www.mbie.govt.nz/business-and-employment/business/trade-and-tariffs/trade-remedies/trade-remedy-investigations/. Acesso em 20 de junho de 2021.

[32] Regulamento (UE) 2017/2321 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2017 que altera o Regulamento (UE) 2016/1036 relativo à defesa contra as importações objeto de dumping dos países não membros da União Europeia e o Regulamento (UE) 2016/1037 relativo à defesa contra as importações que são objeto de subvenções de países não membros da União Europeia. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R2321&from=EN. Acesso em 21 de junho de 2021.

[33] Casos analisados disponíveis em:
https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:352:0001:0069:EN:PDF;
https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:325:0001:0065:EN:PDF;
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1795&from=EN;
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0367&from=EN;
https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:293:0007:0014:EN:PDF; e
https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:043:0038:0058:EN:PDF.

negativos da medida em questão, podendo chegar a três alterações possíveis: alteração da duração, alteração do tipo de medida (específica e *ad valorem*) e alteração do produto (ex.: não recomendação de aplicação da medida a todos os produtos investigados).[34] No recorte temporal estudado, não foram encontrados precedentes nessa jurisdição.

Por fim, o Canadá possui em sua jurisdição previsão de análise de interesse público[35], que pode concluir se os direitos conforme calculados devem ser mantidos, reduzidos ou eliminados. A recomendação do órgão responsável (*Canadian International Trade Tribunal*) à autoridade pode ser, inclusive, pela redução do nível da medida ou definição de preço adequado para remover o dano. Assim, é possível realizar uma alteração do *quantum* da medida, decidir pela manutenção ou eliminação (esta última hipótese não foi verificada no recorte temporal analisado[36]).

A tabela abaixo resume a aplicabilidade (sim/não) das hipóteses de alteração das medidas de defesa comercial por interesse público em cada uma das jurisdições acima analisadas. Ressalva-se, porém, que as normas que tratam do interesse público nessas jurisdições são menos complexas e abrangentes que a brasileira, não englobando, muitas vezes, todas as possibilidades que são aplicadas na prática. Por esse motivo, a tabela abaixo foi elaborada considerando as normas em si e, quando disponíveis, precedentes, conforme análise feita nos parágrafos anteriores. Porém, o resultado dessa análise pode ser alterado caso surjam novos precedentes com decisões diversas e extralegais.

**Tabela 1– Aplicabilidade das hipóteses de alteração nas demais jurisdições**

| | **Nova Zelândia** | **União Europeia** | **Reino Unido** | **Canadá** |
|---|---|---|---|---|
| **Alteração da duração** | Não | Sim | Sim | Não |
| **Alteração da forma de aplicação** | Não | Sim | Sim | Não |
| **Alteração do *quantum*** | Não | Não | Não | Sim |
| **Alteração do produto** | Não | Não | Sim | Não |

[34] Disponível em https://www.gov.uk/government/publications/the-uk-trade-remedies-investigations-process/how-we-apply-the-economic-interest-test. Acesso em 20 de junho de 2021.

[35] SIMA (Special Imports Measure Act)

[36] Disponível em https://decisions.citt-tcce.gc.ca/citt-tcce/en/nav.do. Acesso em 20 de junho de 2021.

Fonte: Elaboração própria com base nos dados analisados nos parágrafos anteriores.

Assim, busca-se, no presente tópico, responder à questão posta no início do artigo: é possível o Brasil utilizar as hipóteses de modulação verificadas na experiência internacional, como duração da medida, alteração do produto e forma de aplicação?

Como visto nos itens anteriores, atualmente, no Brasil, existe uma Portaria específica que trata do procedimento de interesse público e, por meio dela, são dispostas as regras e critérios do procedimento, inclusive as hipóteses de modulação possíveis ao fim da análise – alteração do *quantum*, não aplicação ou suspensão da medida. Assim, não há possibilidade prevista na norma brasileira para alteração do produto, da forma de aplicação ou da duração da medida (considerando que a suspensão e não aplicação não alteram o prazo legal de duração da medida em questão).

Essas regras, advindas após muitos anos da aplicação de cláusula de interesse público no Brasil, têm o condão de trazer segurança jurídica às partes interessada e operadores do comércio internacional no Brasil. Assim, a partir da entrada em vigor da Portaria, tais partes passaram a ter uma clareza muito maior sobre o procedimento a ser seguido e as consequências possíveis da avaliação de interesse público.

Tendo isso em vista, não nos parece razoável, de forma geral, que, existindo norma específica e recente no país sobre o tema, utilize-se hipótese de modulação de outras jurisdições, não prevista na norma brasileira. Sendo a norma aplicável ao interesse público no Brasil taxativa quanto às possibilidades de modulação dos efeitos das medidas de defesa comercial, inicialmente, não encontra respaldo legal a utilização da experiência internacional sem qualquer previsão na norma brasileira e, caso se utilize, tal utilização teria como base unicamente precedentes de outras jurisdições.

Por esse motivo, entende-se mais razoável que a autoridade brasileira se vincule às hipóteses de modulação atualmente previstas no ordenamento jurídico, já que há poucos precedentes das demais jurisdições, garantindo maior segurança jurídica às partes interessadas.

## 5. Conclusão

O objetivo do presente estudo foi analisar, de forma detalhada, o histórico e procedimento aplicável ao interesse público no Brasil para, ao final, identificar as hipóteses de modulação dos efeitos das medidas de defesa comercial em decorrência desse instituto. Além disso, buscou-se analisar se seria cabível a utilização, no Brasil, de hipóteses de modulação dos efeitos com base na experiência internacional.

Esse objetivo foi pautado por dois questionamentos principais: (1) quais as hipóteses de modulação das medidas de defesa comercial no país?; e (2) é possível utilizar no Brasil hipóteses de modulação com base na experiência internacional?

Inicialmente, trouxemos a conceituação das medidas de defesa comercial que interessam ao interesse público (*antidumping* e compensatória) e do próprio interesse público. Para isso, foram utilizados conceitos da Organização Mundial do Comércio e legislação pátria.

Em seguida, passou-se à análise do histórico do interesse público no Brasil, com seus principais marcos legais, e, após, a utilização do interesse público no país (procedimento, questionário de interesse público, hipóteses de modulação e aplicabilidade da experiência internacional no Brasil). Os principais materiais estudados foram os guias disponibilizados pela SDCOM, legislação e materiais disponibilizados pela SDCOM com o histórico das avaliações.

Os resultados da análise apontaram à hipótese de que, tendo em vista que existe, no Brasil, Portaria específica que trata do procedimento de interesse público e, por meio dela, são dispostas as hipóteses de modulação possíveis ao fim da análise – alteração do *quantum*, não aplicação ou suspensão da medida – conferindo maior segurança jurídica aos operadores, e, ainda, que há poucos precedentes em outras jurisdições, atualmente nos parece razoável que a autoridade brasileira utilize as hipóteses de modulação previstas na norma brasileira, evitando insegurança jurídica nas análises.

## Referências bibliográficas

ACORDO SOBRE SUBSÍDIOS E MEDIDAS COMPENSATÓRIAS. Disponível em < https://bityli.com/9Edzf>.

ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo; SILVEIRA, Paulo Burnier da (Orgs). Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais. Volume I. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2018.

BRASIL. Decreto 1.602/1995 (Revogado).

BRASIL. Decreto 1.751, de 19 de dezembro de 1995. Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas compensatórias.

BRASIL. Decreto 8.058, de 26 de julho de 2013. Regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas *antidumping*; e altera o Anexo II ao Decreto 7.096, de 4 de fevereiro de 2010, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior.

BRASIL. Decreto 9.679, de 2 de janeiro de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE (Revogado).

BRASIL. Decreto 9.745, de 8 janeiro de 2019. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE.

BRASIL. Decreto 10.044, de 4 de outubro de 2019. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior.

BRASIL. Portaria SECEX 8, de 15 de abril de 2019.

BRASIL. Portaria 13, de 29 de janeiro de 2020.

BRASIL. Resolução CAMEX 13, de 29 de fevereiro de 2012 (Revogada).

BRASIL. Resolução CAMEX 27, de 29 de abril de 2015.

BRASIL. Resolução CAMEX 29, de 07 de abril de 2017 (Revogada).

BRASIL. Resolução CAMEX 30, de 31 de março de 2016 (Revogada).

BRASIL. Resolução CAMEX 50, de 5 de julho de 2012.

BRASIL. Resolução CAMEX 93, de 24 de setembro de 2015.

CANADA. *Canadian International Trade Tribunal. Decisions and Notices*. Disponível em https://decisions.citt-tcce.gc.ca/citt-tcce/en/nav.do.

CANADA. SIMA *(Special Imports Measure Act*).

CORDOVIL, Leonor. O interesse público no *antidumping*. Tese de doutorado. USP, 2009.

DIXIT, K. *Finding the Balance: A Public Interest Test in the Dumping and Countervailing Duties Act 1988*. Nova Zelândia: 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/index_en.

EUROPEAN UNION. Regulamento (UE) 2017/2321. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R2321&from=EN.

FIESP. Novas Regras sobre a Avaliação de Interesse Público em Processos de Defesa Comercial. Maio/2019. Disponível em: < shorturl.at/fuyDJ>.

MARSSOLA, Júlia. Quais os critérios para alterar medidas de defesa comercial por interesse público? Uma análise da experiência do Brasil e do Canadá. In ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela e BURNIER, Paulo (Orgs). Comércio Internacional e Concorrência Desafios e Perspectivas Atuais, Volume II, 2019. Disponível em: https://bit.ly/3qVBroI

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Estatísticas Quadrimestrais de Defesa Comercial e Interesse Público. Disponível em https://bityli.com/JdG2C.

NEW ZEALAND. *Trade (Anti-dumping and Countervailing Duties) Amendment Act 2017.*

NEW ZEALAND. *Trade remedy investigations.* Disponível em https://www.mbie.govt.nz/business-and-employment/business/trade-and-tariffs/trade-remedies/trade-remedy-investigations/.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, direito concorrencial e interesse público. Revista CEJ 35, 2006.

SDCOM. Avalições de Interesse Público Encerradas em 2019. Disponível em < https://bityli.com/GpZ6w>.

SDCOM. Avalições de Interesse Público Encerradas em 2020. Disponível em < https://bityli.com/V4JGM>.

SDCOM. Estatísticas de Interesse Público 2017-2020. Ministério da Economia. Disponível em < https://bityli.com/7GHnh>.

SDCOM. Guia Externo de Investigações *Antidumping*. Ministério da Economia. 2ª Edição (Versão Consolidada), 2021.

SDCOM. Guia Processual e Material de Interesse Público. Ministério da Economia. 2ª Edição (Versão Consolidada), 2020.

SDCOM. Relatório SDCOM. Ministério da Economia, Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais, Secretaria de Comércio Exterior, Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. – N. 23 (2019) - Brasília: SECEX/ME, 2020. Disponível em < https://bityli.com/Eb2Yj>.

*WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). Agreement of Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade*, 1994.

**Anexo I**

| Data da decisão | Produto | País | Decisão primária sobre utilização ou não de ip | Decisão derivada sobre utilização ou não de ip |
|---|---|---|---|---|
| 2017: 4 decisões, sendo 3 primárias e 1 derivada | | | | |
| Dentre as 3 decisões primárias, 3 geraram impacto na medida de defesa comercial (100%) | | | | |
| **05/07/2017** | n-butanol | EUA | Alteração da medida | |
| **05/07/2017** | n-butanol | África do Sul | Alteração da medida | |
| **05/07/2017** | n-butanol | Rússia | Alteração da medida | |
| **17/10/2017** | borracha de estireno-butadieno (E-SBR) | União Europeia | | Extinção da medida |
| 2018: 9 decisões, sendo 7 primárias e 2 derivadas | | | | |
| Dentre as 9 decisões primárias, 9 geraram impacto na medida de defesa comercial (100%) | | | | |
| **19/01/2018** | laminados a quente | China | Suspensão da medida | |
| **19/01/2018** | laminados a quente | Rússia | Suspensão da medida | |
| **22/05/2018** | laminados a quente | China | Suspensão da medida | |
| **19/06/2018** | refratários básicos magnesianos | China | Suspensão da medida | |
| **19/06/2018** | refratários básicos magnesianos | México | Suspensão da medida | |
| **13/07/2018** | sal grosso | Chile | Suspensão da medida | |
| **21/09/2018** | eletrodos de grafite menores | China | Suspensão da medida | |
| **08/12/2018** | laminados a quente | China | | Prorrogação da suspensão |
| **08/12/2018** | laminados a quente | Rússia | | Prorrogação da suspensão |
| 2019: 13 decisões, sendo 11 primárias e 2 derivadas | | | | |
| Dentre as 11 decisões primárias, 6 geraram impacto na medida de defesa comercial (64%) e 4 não geraram impacto, dada a sua manutenção (36%) | | | | |
| **01/04/2019** | corpos moedores | Índia | Manutenção da medida | |
| **23/05/2019** | chapas de gesso | México | Manutenção da medida | |
| **01/07/2019** | filmes PET | Bareine | Manutenção da medida | |
| **01/07/2019** | filmes PET | Peru | Manutenção da medida | |
| **12/07/2019** | sal grosso | Chile | | Prorrogação da suspensão |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| **15/07/2019** | laminados planos de aço (GNO) | Alemanha | Alteração da medida | |
| **15/07/2019** | laminados planos de aço (GNO) | Coreia do Sul | Alteração da medida | |
| **15/07/2019** | laminados planos de aço (GNO) | Taipé Chinês | Alteração da medida | |
| **15/07/2019** | laminados planos de aço (GNO) | China | Alteração da medida | |
| **20/09/2019** | eletrodos de grafite menores | China | | Extinção da medida |
| **08/11/2019** | tubos de ferro fundido | China | Suspensão da medida | |
| **08/11/2019** | tubos de ferro fundido | Emirados Árabes Unidos | Suspensão da medida | |
| **08/11/2019** | tubos de ferro fundido | Índia | Suspensão da medida | |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 2020: 28 decisões, sendo 18 primárias e 10 derivadas | | | | |
| Dentre as 18 decisões primárias, 5 geraram impacto na medida de defesa comercial (28%) e 13 não geraram impacto, dada a sua manutenção (72%) | | | | |
| **10/01/2020** | magnésio metálico | China | Manutenção da medida | |
| **10/01/2020** | magnésio metálico | Rússia | Manutenção da medida | |
| **17/01/2020** | laminados a quente | China | | Extinção da medida |
| **17/01/2020** | laminados a quente | Rússia | | Extinção da medida |
| **26/03/2020** | borracha nitrílica (NBR) | Coreia do Sul | Manutenção da medida | |
| **26/03/2020** | borracha nitrílica (NBR) | França | Manutenção da medida | |
| **27/04/2020** | Anidrido Ftálico | Israel | Encerrada sem análise de mérito | |
| **27/04/2020** | Anidrido Ftálico | Rússia | Encerrada sem análise de mérito | |
| **05/05/2020** | imã de ferrite | China | Suspensão da medida | |
| **05/05/2020** | imã de ferrite | Coreia do Sul | Suspensão da medida | |
| **25/06/2020** | vidros de linha fria | China | Alteração da medida | |
| **25/06/2020** | sal grosso | Chile | | Extinção da medida |
| **15/07/2020** | laminados planos de aço (GNO) | Alemanha | | Prorrogação da alteração |
| **15/07/2020** | laminados planos de aço (GNO) | Coreia do Sul | | Prorrogação da alteração |
| **15/07/2020** | laminados planos de aço (GNO) | Taipé Chinês | | Prorrogação da alteração |

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| **15/07/2020** | laminados planos de aço (GNO) | China | | Prorrogação da alteração |
| **14/08/2020** | resina de policroteto de vinila (PVC-S) | China | Manutenção da medida | |
| **14/08/2020** | resina de policroteto de vinila (PVC-S) | Coreia do Sul | Manutenção da medida | |
| **16/09/2020** | fenol | EUA | Suspensão da medida | |
| **16/09/2020** | fenol | União Europeia | Suspensão da medida | |
| **25/09/2020** | nãotecidos | Israel | Encerrada sem análise de mérito | |
| **06/11/2020** | tubos de ferro fundido | China | | Prorrogação da suspensão |
| **06/11/2020** | tubos de ferro fundido | Emirados Árabes Unidos | | Prorrogação da suspensão |
| **06/11/2020** | tubos de ferro fundido | Índia | | Prorrogação da suspensão |
| **28/12/2020** | resina de polipropileno (PP) | EUA | Manutenção da medida | |
| **28/12/2020** | resina de polipropileno (PP) | África do Sul | Manutenção da medida | |
| **28/12/2020** | resina de polipropileno (PP) | Coreia do Sul | Manutenção da medida | |
| **28/12/2020** | resina de polipropileno (PP) | Índia | Manutenção da medida | |

Fonte: SDCOM.

# 8. A GESTÃO ESG DO RISCO DE VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS NAS MULTINACIONAIS BRASILEIRAS: DO UNILATERLISMO REGULATÓRIO À ANÁLISE DO FORMULÁRIO DE REFERÊNCIA DAS QUINZE MULTINACIONAIS BRASILEIRAS COM MAIOR ÍNDICE DE INTERNACIONALIZAÇÃO NA BOLSA DE VALORES

## *8. ESG RISK MANAGEMENT OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN BRAZILIAN MULTINATIONALS: FROM REGULATORY UNILATERLISM TO THE ANALYSIS OF THE REFERENCE FORM OF THE FIFTEEN BRAZILIAN MULTINATIONALS WITH THE HIGHEST INDEX OF INTERNATIONALIZATION IN THE STOCK EXCHANGE*

Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO HUMANOS E CORPORAÇÕES MULTINACIONAIS. 2.1.Dos entraves na cooperação multilateral ao "unilateralismo regulatório": a alvorada de um novo direito empresarial global. 2.2. Limitações no "unilateralismo regulatório" e outras técnicas de harmonização normativa: risco *esg* e estímulo à autorregulação empresarial. 3. RISCO *ESG* E MULTINACIONAIS BRASILEIRAS: A GESTÃO DO RISCO DE VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS (*SOCIAL*) NAS MULTINACIONAIS BRASILEIRAS. 4. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** As empresas são atores institucionais relevantes na garantia e na promoção dos direitos humanos de empregados, consumidores e comunidades nas quais se inserem. Dessa maneira, o presente artigo demonstra como as companhias multinacionais brasileiras regulam o risco da violação aos direitos humanos (inseridos no *social*, da sigla *ESG*) na administração da sociedade. Nesse sentido, analisaram-se os formulários de referência das 15 (quinze) multinacionais com maior índice de internacionalização no ano de 2011 e de 2021 para demonstrar que houve um aumento do compromisso político formal das corporações multinacionais em respeitar os direitos humanos e, quantitativamente, dos mecanismos e canais por meio das quais elas passaram a informar o risco *ESG* aos *stakeholders* externos.

**ABSTRACT***: Companies are relevant institutional actors in guaranteeing and promoting the human rights of employees, consumers, and the communities in which they operate. This paper demonstrates how Brazilian multinational companies regulate the risk of violations of human rights. This study consulted the corporate documents of the fifteen most internationalized multinationals listed on the Brazilian stock exchange in 2011 and in 2021 to demonstrate that: there was an increase in the formal political*

*commitment of multinational corporations to respect human rights, and the mechanisms through which they started to inform ESG risk to external stakeholders.*

## 1. Introdução

5 de novembro de 2015. A barragem de rejeitos "Fundão", localizada na cidade de Mariana, em Minas Gerais, administrada pela Samarco — mineradora brasileira, controlada por meio de empreendimento conjunto entre a Vale S.A e a companhia britânica BHP Billiton — rompia-se. Era o início do maior desastre socioambiental da história brasileira.[1]

01 de março de 2018. A extração de sal-gema pela companhia Braskem S.A., na cidade de Maceió, começa a provocar tremores de terra e ameaçar a vida de 40 (quarenta) mil pessoas com o afundamento gradual do solo em 5 (cinco) bairros. Era o início do maior desastre ambiental em curso no país.[2] Desde então, o mapa da região afetada pelo afundamento já representa 5,6% da área urbana de Maceió e há indícios de que esse fenômeno geológico já atinge casas próximas ao centro da cidade. A companhia enfrenta cada vez mais a resistência e a insatisfação da população local.[3]

[1] No rompimento da barragem em Mariana, por exemplo, estima-se um possível impacto econômico de R$ 11.417.000.000,00 (onze bilhões e quatrocentos e dezessete mil). No rompimento da barragem em Brumadinho, estima-se um possível impacto econômico de R$ 19.575.000.000,00 (dezenove bilhões e quinhentos e setenta e cinco milhões de reais). Em relação aos impactos ambientais, o IBAMA estima, por exemplo, em relação à tragédia de Mariana: poluição de 663 km de cursos d'água; destruição de 721 hec. de matas ciliares; destruição de áreas de preservação e vegetação nativa (748 hec.); destruição da ictiofauna e impacto sobre a atividade pesqueira; assoreamento de cursos d'água; e perda e fragmentação de habitats. Em relação aos impactos ambientais em Brumadinho, o IBAMA estima: destruição, ao menos, de 270 hec.; devastação de 133 hec. de vegetação nativa de Mata Atlântica e 71 hec. de Áreas de Preservação Permanente (APP); a morte da fauna e flora ao longo de, aproximadamente, 300 km, tendo os rejeitos de minérios atingindo também o rio Paraopeba e o Rio São Francisco. (GONZALEZ, Rodolfo Sapata; ROSSI, Raíssa Aparecida da Silveira; GONZALEZ, Bernardo Celso de Rezende. Estudo de caso de impactos econômico-financeiros oriundos de falhas em gerenciamento de segurança de processos. **Anais do XXIII Congresso Brasileiro de Economia**, 2019. Disponível em: http://corecon-sc.org.br/anais-cbe2019/arquivos/anais-cbe2019-4707.pdf. Acesso em: 10 mai. 2021).

[2] FALCÃO, Mariana. Mineração da Braskem faz Maceió afundar e põe mais famílias em risco. **Jornal Valor Econômico**, 5 mai. 2021. Disponível em: https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/05/05/mineracao-da-braskem-faz-maceio-afundar-e-poe-mais-familias-em-risco.ghtml. Acesso em 10 mai. 2021

[3] Nesse sentido: FARIAS, Michelle. Moradores de Bebedouro, Maceió, protestam para cobrar soluções dos problemas causados pela instabilidade do solo. **Portal G1**, 29 abr. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2021/04/29/moradores-de-bebedouro-maceio-protestam-para-cobrar-solucoes-aos-problemas-causados-pela-instabilidade-do-solo.ghtml. Acesso em 10 mai. 2021

25 de janeiro de 2019. A barragem de rejeitos "Mina Córrego do Feijão", localizada na cidade de Brumadinho, em Minas Gerais, administrada pela Vale S.A., também se rompia. Era o início da maior tragédia trabalhista e industrial já registrada no Brasil e de uma tragédia socioambiental de iguais proporções ao rompimento anterior na cidade de Mariana, em Minas Gerais. 11 (onze) "desaparecidos" ainda são procurados.[4]

20 de novembro de 2020. Dois seguranças da equipe terceirizada contratada por uma unidade do Carrefour, em Porto Alegre, espancaram e mataram João Alberto Freitas. Sob acusações de racismo, o evento desencadearia o início de uma companha nacional de protestos e de boicotes por consumidores contra a companhia.[5]

Esses exemplos recentes na história brasileira demonstram que as empresas são atores institucionais relevantes na garantia e na promoção dos direitos humanos de empregados, de consumidores e das comunidades nas quais se inserem. Trata-se do capitalismo *stakeholders*[6], um novo paradigma que supera o mero contratualismo

[4] LEOCÁDIO, Thaís. Bombeiros vão retomar buscas por desaparecidos na tragédia da Vale em Brumadinho. **Portal G1**, 8 mai. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2021/05/08/bombeiros-vao-retomar-buscas-por-desaparecidos-na-tragedia-da-vale-em-brumadinho.ghtml. Acesso em: 10 mai. 2020.

[5] Em resposta aos protestos dos consumidores, o Carrefour lançou um compromisso corporativo antirracista chamado "#NãoVamosEsquecer", com 7 (sete) compromissos operacionais e com a criação de um fundo de diversidade e combate à discriminação racial. Nesse sentido: https://naovamosesquecer.com.br/. Acesso em 10 mai. 2021.

[6] Esse capitalismo de stakeholders foi expressamente afirmado e debatido, por exemplo, no Fórum Econômico Mundial de 2020, em Davos, no qual se discutia os novos propósitos das corporações na quarta revolução industrial. Nesse sentido: SCHWAB, Klaus. The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution. **World Economic Forum: Agenda**, 2 dez. 2019. Disponível em: https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution. Acesso em: 11 mai. 2021. Trata-se, portanto, de uma contraposição ao contratualismo societário defendido, por exemplo, por Milton Friedman, difundido mundialmente em artigo publicado no NY Times "A Friedman doctrine - The Social Responsibility Of Business Is to Increase Its Profits", em 1970. Disponível em: https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html. Acesso em: 11 mai. 2021. Não obstante, deve-se ressaltar que mesmo Milton Friedman não negava que a companhia pudesse ou devesse endereçar outras responsabilidades, desde que isso fosse decidido pelos próprios acionistas (contratualismo societário). Além disso, essa responsabilidade social da companhia, na visão defendida por Friedman, parte de alguns pressupostos nem sempre observados na atual dinâmica dos mercados, como uma "concorrência livre e aberta" e a ausência de "fraudes, manipulações do mercado e violações legais": "[...] there is one and only one social responsibility of business—to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception fraud.".

societário (capitalismo de acionistas), com o escopo de internalizar os custos humanos e as externalidades negativas da globalização corporativa.

A previsão, o controle e a remediação dessas externalidades na globalização corporativa se torna uma função regulatória. Nesse contexto, o presente artigo objetiva demonstrar como as companhias multinacionais brasileiras (auto)regulam o risco de violações aos direitos humanos (inseridos no *social*, da sigla *ESG*)[7] na administração da sociedade, buscando responder (i) se e por quais canais essas corporações multinacionais assumem o (i.a) compromisso político de respeitar os direitos humanos e de (i.b) informar como estão gerenciando os riscos *ESG*. Essas perguntas se baseiam em um princípio fundamental que orienta a relação entre empresas e direitos humanos, disposto em um relatório endossado pela unanimidade dos países integrantes do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (CDH) intitulado: "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementando os parâmetros 'Proteger, Respeitar e Reparar' das Nações Unidas".

O artigo parte da hipótese de que esse compromisso institucional aumentou formalmente no período entre 2011 (ano no qual, simbolicamente, os princípios orientadores foram endossados pelo CDH) e 2021; bem como de que os meios e canais pelos quais as corporações multinacionais passaram a informar a gestão dos riscos ESG foram ampliados. A razão doutrinária que fundamenta essa hipótese é a de que a "decadência do consentimento" e as limitações do "unilateralismo regulatório" dos países

[7] A inserção dos direitos humanos no pilar social é ressaltada, inclusive, por John Gerard Ruggie, ex-representante especial do Secretário-Geral da ONU para empresas e direitos humanos, no prefácio da tradução brasileira do relatório endossado pelo CDH, que será analisado ao longo deste artigo. Em relação aos demais temas inseridos na política ESG, destacam-se: no pilar ambiental (enviromental), as (i) mudanças climáticas/aquecimento global; (ii) produção sustentável; (iii) emissões de CO2 e gases do efeito estufa; (iv) poluição atmosférica; (v) gestão de resíduos; (vi) gestão de recursos hídricos; (vii) fontes de energia utilizadas e consumo; (viii) conservação de recursos naturais; (ix) impacto na fauna e flora. No pilar social (social), destacam-se os seguintes temas: (i) direitos humanos; (ii) direito do consumidor; (iii) proteção de dados; (iv) direitos trabalhistas; (v) direitos das minorias; (vi) responsabilização pela cadeia de fornecimento; (vi) trabalho infantil e trabalho escravo; e, ainda, (vii) integração com a comunidade local. Por fim, no pilar governança (governance), destacam-se os seguintes temas: (i) processos eficientes e transparentes de contabilidade e fiscal; (ii) remuneração executiva e composição da diretoria; (iii) código de conduta e valores corporativos; e (iv) programas de integridade. Nesse sentido: GALVÃO, Bruno; STEIN, Roland. ESG e o futuro do compliance. **JOTA**, 10 mai. 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/esg-e-o-futuro-do-compliance-10052021. Acesso em: 11 mai. 2021.

desenvolvidos — na tentativa de se harmonizar padrões mínimos de direitos humanos na atividade empresarial (sobretudo, em relação a metas regulatórias divisíveis, como as normas sociolaborais) — faz com que aqueles engendrem novos canais de harmonização aos critérios *ESG*. Entre esses novos canais regulatórios, destacam-se os incentivos creditícios e comerciais desses países desenvolvidos à autorregulação empresarial dos critérios *ESG*, o que, portanto, deveria influenciar a autorregulação das corporações multinacionais brasileiras (que estão sob os influxos de legislações e políticas estrangeiras) e, por conseguinte, confirmar a hipótese inicial.

Para responder adequadamente aos questionamentos propostos, o artigo analisará, nos anos de 2011 e 2021[8], o formulário de referência das 15 (quinze) multinacionais brasileiras (MNB) com maior índice de internacionalização entre aquelas listadas na bolsa de valores.[9] Essa metodologia se vale do formulário de referência porquanto este é o principal informe de comunicação das companhias abertas aos seus *stakeholders*[10], o que se revela um instrumento adequado para responder tanto ao primeiro questionamento proposto (se há um compromisso político de respeitar os direitos humanos), quanto ao segundo (canais e mecanismos utilizados para regular o risco *ESG*). Por fim, além de ser necessário um recorte metodológico relacionado à quantidade de multinacionais brasileiras que seriam analisadas, é necessário ressaltar que a escolha apenas desse tipo de corporação se justifica na centralidade que o debate entre empresas e direitos humanos possui nessas companhias: o poder econômico das multinacionais

[8] Optou-se pela análise proposta em dois marcos temporais: de um lado, o ano de 2010, tendo em vista que é em 2011 que os princípios orientadores analisados ao longo do trabalho são endossados pelos países membros no CDH, na ONU; e por outro lado, o ano de 2020, cujas informações nos Formulários de Referência já estão completamente atualizadas e divulgadas ao mercado pelas multinacionais escolhidas.

[9] O artigo escolheu as 15 primeiras corporações multinacionais brasileiras, listadas na bolsa nacional, que possuem os maiores índices de internacionalização nos termos do estudo elaborado anualmente pela Fundação Dom Cabral. Nesse sentido: BARAKAT, Lívia Lopes et al. **Trajetórias de Internacionalização das Empresas Brasileiras**. Fundação Dom Cabral. 2018. Disponível em: https://www.fdc.org.br/conhecimento/publicacoes/relatorio-de-pesquisa-33712. Acesso em: 11 mai. 2021.

[10] Nos termos da Instrução Normativa nº 480/09, o Formulário de Referência reúne todas as informações relevantes das companhias abertas — tais como atividades, fatores de risco, administração, estrutura de capital, dados financeiros, comentários dos administradores sobre esses dados, valores mobiliários emitidos e operações com partes relacionadas — que devem ser atualizadas e divulgadas anualmente de forma padronizada ao mercado.

ultrapassa barreiras territoriais e é capaz de criar lacunas de governança pública, gerando ambientes propícios para violações sistemáticas a direitos humanos.[11]

O objetivo principal do presente artigo requer, não obstante, algumas incursões prévias. Dessa maneira, no Capítulo 1, o artigo ressalta que, em resposta aos entraves na vinculação dos direitos humanos ao subsistema multilateral no comércio internacional, os países desenvolvidos passarão a se valer de um "unilateralismo exacerbado" na tentativa de harmonizar padrões mínimos sociolaborais. Em relação a determinados riscos *ESG*, esse "unilateralismo regulatório" será bem-sucedido ao "exportar" padrões socioambientais e de governança mais rígidos. Não obstante, diante de metas regulatórias divisíveis, como os direitos trabalhistas, esse "unilateralismo" será ineficaz.

Dessa maneira, em seguida, no Capítulo 2, o artigo aduz que, na tentativa de harmonizar padrões sociais divisíveis, por exemplo, os países desenvolvidos estimularão a autorresponsabilidade das empresas em relação aos critérios *ESG*. A superação do paradigma de que o Estado é o responsável exclusivo pelo respeito aos direitos humanos será, portanto, incentivada por meio da política de investimento e da política externa desses países nos órgãos e fóruns internacionais. Nesse contexto, por exemplo, o artigo apresentará os princípios orientadores endossados pelo CDH sobre empresa e direitos humanos, destacando a emergência de um "direito empresarial global" no qual a governança corporativa é influenciada pela "globalização regulatória".

Ao fim, após apresentar a construção doutrinária a partir da qual o objeto central do artigo se insere, apresentam-se as respostas aos dois questionamentos propostos, analisando-se os aspectos centrais nos formulários de referência das 15 (quinze) multinacionais brasileiras listadas em bolsa com maior índice de

[11] John Gerard Ruggie, por exemplo, ex-representante especial do Secretário-Geral da ONU para empresas e direitos humanos, irá descrever que três sistemas distintos afetam a conduta de multinacionais em relação aos direitos humanos, em uma característica institucional da economia global descrita com governança policêntrica: "Três sistemas distintos de governança afetam sua conduta em relação aos direitos humanos: o sistema de leis e políticas públicas; um sistema de governança civil que envolve stakeholders externos, que são afetados ou que têm interesse nas multinacionais; e a governança corporativa, que tem internaliza elementos dos outros dois." (RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos.** Tradução: Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, p. 47).

internacionalização. As duas hipóteses iniciais são confirmadas nesse capítulo: o compromisso político formal das multinacionais, em relação ao respeito aos direitos humanos, aumentou no período analisado, saltando de 27%, em 2011, para 100%, em 2021; além disso, ao menos quantitativamente, os dados demonstram que também houve o crescimento de canais padronizados e periódicos que informam os riscos ESG aos *stakeholders* externos.

## 2. Direito Humanos e Corporações Multinacionais

### 2.1. Dos entraves na cooperação multilateral ao "Unilateralismo Regulatório": a alvorada de um novo direito empresarial global

O debate entre empresas e direitos humanos, no subsistema multilateral de comércio internacional, esteve circunscrito apenas ao âmbito do direito do trabalho e às vantagens comparativas diante de regimes sociolaborais díspares entre os países. A primeira tentativa de vinculação entre ambos os temas, na busca de uma harmonização mundial da legislação trabalhista, foi com a institucionalização da Organização Internacional do Comércio (OIC), após o Acordo de Bretton Woods (1944).[12]

Na Carta de Havana (1947), elaborada durante a Conferência Internacional sobre o Comércio e Emprego, previu-se então a criação da OIC, dispondo-se, ainda, que nesta seria endereçado o combate às externalidades negativas ao comércio mundial decorrentes da disparidade entre os regimes trabalhistas dos países signatários.[13] Não obstante, diante da não ratificação da Carta de Havana pelo Congresso dos EUA, a OIC jamais seria constituída.[14]

---

[12] AMARAL JÚNIOR, A. do. Direitos humanos e comércio internacional: reflexões sobre a "cláusula social". **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 94, p. 303, 1999. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67444. Acesso em: 19 maio. 2021.

[13] THORSTENSEN, Vera. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília , v. 41, n. 2, p. 43-46, dez. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 mai. 2021.

[14] Nesse sentido: "A não-ratificação da Carta da Havana pelos EUA foi o decreto de morte da nascente OIC. A nação que liderava o mundo ocidental em sua reconstrução no pós-guerra achou por bem não levar adiante sua própria proposta de criação de uma verdadeira instituição para gerir o comércio entre as

Essa lacuna internacional de um organismo responsável pelo comércio, conforme se planejou no Acordo de Bretton Woods, foi suprida durante quase 4 (quatro) décadas pelo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Este tinha sido elaborado, nas reuniões preparatórias da Conferência de Havana, como um instrumento que seria incorporado pela OIC. O GATT entrou em vigor a partir de janeiro de 1948 e, diante da não constituição da OIC, tornou-se o alicerce temporário do sistema multilateral do comércio contemporâneo.

Não obstante, à época, essa expectativa de que a OIC viria a ser criada se revelou historicamente relevante, mormente porque desincentivou a inserção cláusulas sociais que endereçassem a temática entre regimes trabalhistas e o comércio internacional no GATT. Isso refletiu nas rodadas de negociação no âmbito deste acordo, que, com exceção da rodada Uruguai, apenas endereçou assuntos de barreiras não-tarifárias. Mesmo com a rodada Uruguai — que incluiu novos temas, como agricultura, indústria têxtil, propriedade intelectual, investimentos e serviços, e que construiu as bases para a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) —, não se endereçou a temática dos direitos humanos na política do comércio internacional.[15]

Essa resistência à inserção do tema no âmbito do sistema multilateral de comércio advém, sobretudo, do bloqueio de países em desenvolvimento, que acusam que essa tentativa é uma nova forma de protecionismo dos países desenvolvidos e que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) já seria o órgão responsável por endereçar a temática.[16] Do outro lado, os EUA e a União Europeia (UE) reiteradamente tentam inserir e vincular o tema ao comércio internacional; não obstante, as tentativas na Rodada Tóquio e na Rodada Uruguai restaram infrutíferas.[17] Na primeira Conferência Ministerial

diversas nações do globo." (OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. De Havana a Doha: o sistema multilateral de comércio em perspectiva histórica. Carta Internacional, p. 49, jul. 2006. Disponível em: https://cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/392/153. Acesso em: 19 mai. 2021).

[15] AMARAL JÚNIOR, A., Op. cit., p. 304.

[16] THORSTENSEN, Vera., Op. cit., p. 44.

[17] OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado., Op. cit., p. 50-52.

no âmbito da OMC, em 1996, em Cingapura, não foi diferente, e novamente o tema enfrentou resistência e bloqueio dos países em desenvolvimento.[18]

Em apertada síntese, por um lado, os países desenvolvidos mantêm uma retórica de que os países em desenvolvimento se beneficiam de uma espécie de *dumping* social: "concorrência desleal devido à aplicação de diferentes regras salariais e de proteção social para diferentes categorias de trabalhadores".[19] Essa prática deveria, na visão desses países, ser corrigida pela inserção de cláusulas sociais nos acordos de comércio e ser endereçada pelo sistema de soluções de controvérsias da OMC.[20] Por outro lado, os países em desenvolvimento defendem que essa retórica seria meramente protecionista: o regime trabalhista estaria vinculado ao atual grau de desenvolvimento social e econômica dos países e a discussão dessa temática no âmbito da OMC

[18] Nesse sentido, destaca-se a manifestação da Declaração Ministerial de Cingapura, na qual a OMC se afirma incompetente no assunto, rejeitando, ainda, o uso de norma trabalhistas com fins protecionistas afirma novamente a competência da OIT no assunto: "We renew our commitment to the observance of internationally recognized core labour standards. The International Labour Organization (ILO) is the competent body to set and deal with these standards, and we affirm our support for its work in promoting them. We believe that economic growth and development fostered by increased trade and further trade liberalization contribute to the promotion of these standards. We reject the use of labour standards for protectionist purposes, and agree that the comparative advantage of countries, particularly low-wage developing countries, must in no way be put into question. In this regard, we note that the WTO and ILO Secretariats will continue their existing collaboration." (WORLD TRADE ORGANIZATION. **Singapore Ministerial Declaration**. 18 dez. 1996. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min96_e/wtodec_e.htm. Acesso em 19 mai. 2021). Essa declaração é reafirmada na Declaração Ministerial de Doha: "We reaffirm our declaration made at the Singapore Ministerial Conference regarding internationally recognized core labour standards. We take note of work under way in the International Labour Organization (ILO) on the social dimension of globalization." (WORLD TRADE ORGANIZATION. **Doha Ministerial Declaration**. 20 nov. 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min96_e/wtodec_e.htm. Acesso em 19 mai. 2021).

[19] Há diversas tentativas de definição do dumpling social. Adota-se nesse trabalho a resposta de Marianne Thyssem ao Parlamento Europeu, disponível no "Dicionário Europeu de Relações Industriais: "On 14 August 2015, Marianne Thyssen, European Commissioner for Employment, Social Affairs, Skills and Labour Mobility, gave a written answer to a European Parliament question on definitions, in which she stated: 'There is no definition of the concept of "social dumping" in EC law. The term is generally used to point to unfair competition due to the application of different wages and social protection rules to different categories of workers" (Parliamentary questions, 27 May 2015, E-008441-15)" (EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS. Social Dumping. **Eurofound**, 19 mai. 2016.Disponível em: https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/social-dumping. Acesso em: 19 mai. 2021). Ainda nesse sentido, destaca-se a dissertação Rodrigo Forte, que reconhece, ao menos, seis tentativas de definição na literatura e no discurso público: FORTE, Rodrigo. **O discurso do Dumping Social no sistema comercial internacional**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 93-100).

[20] AMARAL JÚNIOR, A., Op. cit., p. 310.

representaria uma tentativa de instrumentalizar o sistema de controvérsias do organismo em um assunto já endereçado por outros organismos internacionais.[21]

Portanto, de modo geral, o debate entre direitos humanos, no subsistema multilateral do comércio internacional, esteve restrito aos direitos trabalhistas e não obteve grandes avanços em decorrência dessa polarização sobre o assunto. Esses entraves são reflexos da "estagnação do direito internacional" (*stagnation of international law*) e da "decadência do consentimento" (*decay of consent*)[22]: há uma estagnação quantitativa (queda na negociação de novos tratados multilaterais) e qualitativa (o consentimento é cada vez mais restrito nos tratados que são concluídos) nesses acordos.[23] Ademais, as tradicionais estruturas do direito internacional, além de não oferecerem soluções eficazes aos problemas de governança globais, cedem cada vez mais espaços às imposições regulatórias unilaterais e ao direito internacional informal (*informal international lawmaking*).[24]

A partir de alterações na legislação interna, o "unilateralismo agressivo" dos EUA e da UE passou a "exportar" regulações globais. Essa "unilateralidade reguladora", que é capaz de impor legislações globais, alinha dois interesses: um interesse comercial neoprotecionista dos países desenvolvidos e uma necessidade premente de se combater às lacunas de governança geradas pelo "processo produtivo de especialização flexível" na atual fase de globalização da economia. Isto é, ao tempo em que as grandes corporações passam a adaptar o processo produtivo aos incentivos e às desregulamentações governamentais dos países — o que, ao menos em tese[25], concorre à

[21] AMARAL JÚNIOR, A., Op. cit., p. 310, 311.

[22] Nesse sentido, analisando empiricamente a decadência do consensualismo no direito internacional quando da análise da regulação de bens públicos globais em três áreas temáticas: KRISCH, Nico. The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods. **American Journal of International Law**, [s. l.], v. 108, ed. 1, 4 out. 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2335938. Acesso em: 19 maio 2021.

[23] PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A.; WOUTERS, Jan. When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking. **European Journal of International Law**, [s. l.], v. 25, ed. 3, 31 out. 2014. DOI https://doi.org/10.1093/ejil/chu051. Disponível em: https://academic.oup.com/ejil/article/25/3/733/403543. Acesso em: 19 maio 2021. Ressalta-se, inclusive, que os autores apontam que os princípios orientadores endossados pelo CDH seriam parte desse direito internacional informal.

[24] PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A.; WOUTERS, Jan., Op. cit.

[25] Afirma-se "em tese" porque, conforme será ressaltado ao longo do artigo, há evidência empíricas que desafiam os teóricos da "race to the bottom" (teóricos que defendem que a globalização enfraqueceria e

degradação dos padrões sociais do mundo (*race to the bottom*[26] ou *free riding* ambiental e social[27]) e concorre à perda da competitividade dos países desenvolvidos —, os países desenvolvidos alinham pretensões protecionistas e comerciais às inspirações que visam combater as externalidades sociais e ambientais negativas desse modelo de produção global.[28]

Essas externalidades podem ser observadas a partir de diversos casos de violações a direitos humanos por grandes corporações transnacionais, notadamente em relação aos padrões laborais mínimos, à integridade física e moral e à remuneração justa de trabalhadores integrantes da cadeia de produção de grandes corporações multinacionais. Além dos casos brasileiros já mencionados na introdução do presente

minaria a legislação local, estimulando os países a reduzirem os padrões regulatórios, o que desencadearia uma contínua degradação dos padrões sociais). Não obstante, conforme exemplos citados no presente artigo, em determinadas hipóteses, a corrida regulatória e competição jurisdicional não será acompanhada necessariamente por uma convergência regulatória inferior (com padrões normativos menos rígidos).

[26] Nesse sentido, sobre competições regulatórias e "corridas para baixo" ou "para cima", destaco a pesquisa empírica a seguir, que monitorou quatro literaturas sobre o tema. Entre as conclusões, os autores destacam que uma corrida regulatória depende de uma conexão causal bastante completa: "In particular, there must be evidence that firms migrate in response to geographic differences in the costs and benefits of regulation, and there must be evidence that governments shape their regulatory policies with the aim of affecting those migration flows. If either of these prerequisites is missing, if its impact is mediated or attenuated in some fashion, or if it is swamped by other factors, what results is not a race.". Além disso, a partir de uma pesquisa empírica, demonstram que são raros os exemplos de "corrida para o topo" ou "corrida para o fundo", sendo mais comum uma alternativa de segmentação de mercado chamada "Tiebout-type", no qual as companhias se classificam deliberadamente em jurisdições de acordo com os níveis de supervisão que desejam. (CARRUTHERS, Bruce G.; LAMOREAUX, Naomi R. Regulatory Races: The Effects of Jurisdictional Competition on Regulatory Standards. **Journal of Economic Literature**, [s. l.], v. 54, n. 1, p. 52-97, 1 mar. 2016. Disponível em: https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jel.54.1.52. Acesso em: 19 mai. 2021).

[27] SALOMÃO FILHO, Calixto. O crepúsculo do direito e o direito econômico global. In: ALEXANDRE EVARISTO, Pinto (org.). **A ordem econômica constitucional**. 1. ed. [S. l.]: Thomson Reuters Brasil, 2019. cap. 22, p. RB-22.1-RB-22.3. ISBN 978-85-5321-960-5. 1. ed. em E-book baseada na 1. ed. impressa.

[28] Nesse sentido, em relação às pretensões europeia de criação e unificação de um mercado único europeu, importante ressaltar os interesses comerciais e político na regulamentação mais rígidas em determinados termas nesse continente: "First, stringent standards were often adopted to reassure the European public that economic integration would not be pursued at the expense of consumer health and safety or environmental quality. As economic integration deepened, Europeans began to resist the liberalization agenda that was seen as a threat to these non-economic values. To defend continued economic integration and to vest themselves with greater legitimacy, EU institutions thus set out to expand the integration agenda to these other values, adopting stringent standards—in areas such as environmental protection, food safety, or data privacy—to ensure that economic gains from integration are not pursued without protecting quality of life. Thus, upward harmonization of regulatory standards was seen as necessary to ensure continuing political support for economic liberalization.". (BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect: How the European Union Rules the World**. New York: Oxford University Press, 2020, p. 11)

artigo, houve, por exemplo, o desabamento do edifício Rana Plaza em Dhaka, Bangladesh, em 2013, local que abrigava fornecedores de marcas famosas internacionalmente (*eg., The Children's Place*, *Primark*, *Monsoon*, *DressBarn* e *H&M*), em acidente que culminou na morte de 1132 (mil cento e trinta e duas) pessoas[29]; e, ainda em Dhaka, outro trágico acidente em uma fábrica fornecedora da *C&A*, que culminou na morte de mais de 100 (cem) pessoas[30] também em 2013.

Outro exemplo ilustrativo é o caso da *Foxconn Technology Group,* maior empresa de terceirização na indústria eletrônica no mundo, com mais de 1,2 milhões de empregados espalhados em empreendimentos na Ásia, na Europa, na América do Sul e na do Norte, sendo a principal fornecedora de grandes corporações de tecnologia, como Microsoft, Motorola, Amazon, Apple, Dell, Sony e Nintendo. Após uma série de escândalos na *Foxconn Technology Groupi,* auditorias das grandes corporações de tecnologia identificaram casos de trabalho infantil; jornadas laborais exaustivas (entre 12 a 32 horas seguidas); falhas graves na linha de montagem; insalubridade nos alojamentos fornecidos aos funcionários; e, inclusive, suicídios de empregados da companhia como protesto diante das condições sociolaborais iníquas fornecidas pela companhia.[31]

Em resumo, essas lacunas na governança global oriundas do atual paradigma de processo produtivo (*e.g.,* condições sociolaborais, condições socioambientais e climáticas) ecoaram a retórica do *dumping* social e a pressão por negociação de cláusulas

[29] JEPPESEN, Helle. O que mudou na indústria têxtil de Bangladesh cinco anos após tragédia. **DW Brasil**, 24 abr. 2018. Disponível em: https://p.dw.com/p/2wYXo. Acesso em: 19 mai. 2021

[30] BURKE, Jason; HAMMADI, Saad. Bangladesh textile factory fire leaves more than 100 dead. **The Guardian**, 25 nov. 2012. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2012/nov/25/bangladesh-textile-factory-fire. Acesso em: 19 mai. 2021.

[31] Esse caso, bem como outros 14 (quatorze) incidentes socioambientais em companhias pertencentes à cadeia de produção de outras corporações multinacionais, foram mapeados e descritos por Mauro Fracarolli Nunes. A título de curiosidade, importante ressaltar que o autor demonstrou que não há evidência de que os investidores reagem às questões sociais e ambientais negativas nas cadeias de abastecimento e produção. Essa conclusão desafia os principais pressupostos teóricos do capitalismo de stakeholders analisado nesse artigo: "In a nutshell, once more the results suggest that investors' decisions might possibly be mainly driven by profit maximization, and that negative social / environmental events in supply chains in general do not affect investors' decisions." (NUNES, Mauro Fracarolli. Cases Description: Case 5 – Foxconn. In: NUNES, Mauro Fracarolli. **The impact of negative social/environmental events on the market value of supply chain partners**. 2015. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015. p. 75-77. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15045/Masters%20Dissertation.MFN-2016.Jan%20-%20v.final.protocolo2.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021).

sociais nos acordos comerciais: o *free trade* deveria ceder espaço ao *fair trade*.[32] Esse desconforto ético com a violação de direitos humanos — ainda que transvestidos por interesses protecionistas dos países desenvolvidos ou por uma tentativa de "chutar a escada" dos países em desenvolvimento[33] — paulatinamente passa a ser objeto do "unilateralismo agressivo" dos EUA e da UE. Portanto, esse unilateralismo passa a ser utilizado tanto para influenciar diretamente o comportamento das empresas, "exportando-se" padrões regulatórios, quanto para moldar e "impor" acordos multilaterais e regionais.[34]

O Acordo Estados-México-Canadá (USMCA) é um desses exemplos recentes no qual o "unilateralismo agressivo" dos EUA foi capaz de harmonizar e impor alterações legislativas no direito trabalhista no México. Desse modo, além de regular uma série de matérias *ESG* (*environmental, social and governance*), com capítulos específicos, *eg.*, sobre anticorrupção (art. 27) e meio ambiente (art. 24), houve a inclusão de cláusulas sociais, no art. 23, com disposições que, por exemplo: reconhecem o objetivo de comercializar apenas bens produzidos em conformidade com as cláusulas sociais estabelecidas (art. 23.2 e 23.3); reconhecem as obrigações decorrentes da Declaração sobre Direito do Trabalho da OIT (como a necessidade de eliminar o trabalho forçado ou obrigatório, abolir o trabalho infantil e respeitar a liberdade de associação e os direitos à negociação coletiva sindical, inclusive, com obrigações específicas para o governo mexicano editar disposições legislativas com o assunto[35]); que reconhecem a necessidade de eliminar a discriminação na admissão e no ambiente de trabalho, com o escopo de promover a igualdade de gênero (art. 23.9) e o respeito ao trabalhador migrante (art. 23.8);

---

[32] Esse discurso dos países desenvolvidos (fair trade) é apontado como uma resposta dos EUA à sua perda de competitividade global: AMARAL JÚNIOR, A., Op. cit., p. 307.

[33] Em referência à tese de que o multilateralismo nega aos países em desenvolvimento os mecanismos e políticas comerciais protecionistas que os países desenvolvidos se utilizaram para alcançar o atual padrão socioeconômico que possuem. Segundo Há-Joon Chang, os países desenvolvidos defendem atualmente estratégias que não utilizaram, acabando por "chutar" a escada da qual se valeram para alcançar o atual estágio de desenvolvimento (GHANG, Há-Joon. **Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2004).

[34] BRADFORD, Anu., Op. cit., p. 82-91.

[35] Nesse sentido, destaca-se o Anexo 23-A ("Worker Representation in Collective Bargaining in Mexico) desse Acordo. (OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. **Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada 7/1/20 Text**. 2020. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/23%20Labor.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021).

e que vinculam o cumprimento desses padrões sociolaborais ao mecanismo de solução de controvérsias do acordo (art. 31).[36]

Cita-se, ainda, como exemplo desse "unilateralismo regulatório" moldando os acordos comerciais, o recente Acordo UE-Mercosul. Em uma guinada na política externa brasileira, que resistia a vincular cláusulas sociais a acordos comerciais, o Acordo UE-Mercosul dispõe especificamente de um capítulo sobre "Comércio e Desenvolvimento Sustentável", reconhecendo o princípio da precaução, típica norma da regulação europeia[37], nas normatizações sobre o meio ambiente e sobre a segurança e saúde no trabalho; reiterando os princípios fundamentais da OIT, os objetivos do desenvolvimento sustentável da agenda 2030 e o Acordo de Paris.[38]

De forma geral, percebe-se que a grande parte dos riscos *ESG* está sendo endereçada pelo unilateralismo dos EUA e, principalmente, da EU, que vem optando por padrões mais rígidos socioambientais.[39] Essa "harmonização orientada pelo mercado" (*market-driven harmonization*), em prejuízo de uma harmonização orientada pelo tratado comercial (*treaty-driven harmonization*), já é amplamente identificada por estudos empíricos na academia. O "Efeito Bruxelas" (*Brussels Effect*), por exemplo, é utilizado doutrinariamente para identificar essa capacidade unilateral da UE regular o mercado global: há o "*de facto Brussels Effect*", que explica como as corporações multinacionais

[36] FORTE, Rodrigo., Op. cit., p. 62.

[37] Nesse sentido, sobre a centralidade do princípio para a regulação da UE: "In practice, the precautionary principle has become a central component of the EU's regulatory decision-making. It has been systematically incorporated into key policy documents, providing a foundation for many regulations, such as REACH, the regulation of beef hormones, and GMOs. The European courts have also been consistent in endorsing the principle by granting the Commission wide discretion to act based on precaution. The ECJ even elevated the precautionary principle to the status of a "general principle" of EU law in its Artegodan judgment, further demonstrating the Court's strong approval of precautionary standards. This stands in stark contrast to US courts, which have exercised relatively strict scrutiny when reviewing agencies' regulatory measures." (BRADFORD, Anu., Op. cit., p. 45).

[38] Nesse sentido: BRASIL. Acordo de Associação Mercosul-União Europeia: Resumo Informativo elaborado pelo Governo Brasileiro. 4 jul. 2019. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf. Acesso em 19 mai. 2021.

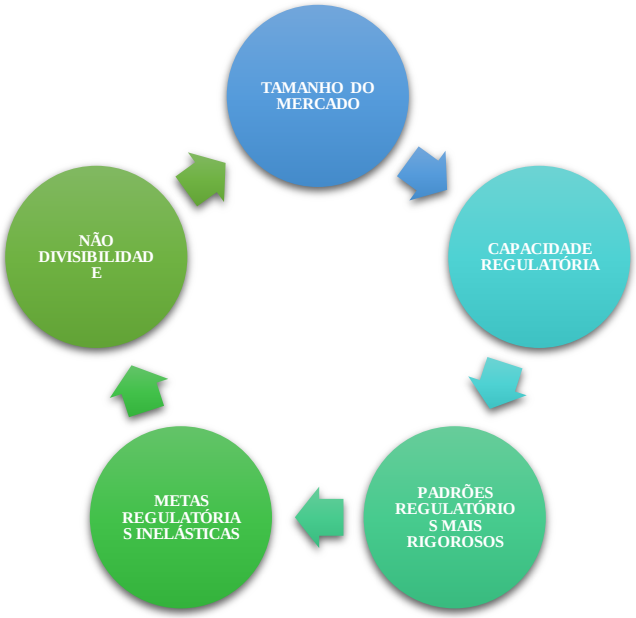
[39] BRADFORD, Anu., Op. cit., p. 37-45. Em resumo, para esse explicar essa postura mais rigorosa da UE: "In addition to leveraging the stringent regulatory agenda as a tool for promoting the broader goals of European integration, two additional factors are critical in explaining the EU's pursuit of distinctly stringent rules: Europeans' greater faith in government as opposed to markets to generate fair and efficient outcomes (ideology); and the relative importance of public regulation over private litigation and lower threshold for intervention by regulators in cases of uncertainty (process).".

são incentivadas a ajustarem suas condutas globais às regulações europeias (sem qualquer participação legislativa dos países estrangeiros); e "*de jure Brussels Effect*", um fenômeno após o "*de facto Brussels Effect*", que explica como a UE "terceiriza" o *lobby* às corporações multinacionais estrangeiras que, para não perderem a competitividade no mercado interno, pressionam seus próprios governos locais a se adequarem às legislações europeias.[40]

Há, não obstante, determinadas condições sob as quais esse "unilateralismo" será eficaz para impor padrões normativos em relação aos riscos *ESG*. Trata-se de 5 (cinco) elementos subjacentes: (i) tamanho e a importância do mercado consumidor interno do país potencialmente exportador da regulação; (ii) capacidade regulatória das instituições (países "exportadores de regulação" devem ser capazes de traduzir esse poder do mercado interno em influência regulatória tangível, ou seja, devem possuir instituições capazes de promulgar, fiscalizar e sancionar o descumprimento dos padrões regulatórios impostos nacionalmente); (iii) padrões regulatórios mais rigorosos (o "unilateralismo regulatório" será inócuo se o padrão interno for menos rigoroso); (iv) alvos inelásticos (direcionada a produtos ou produtores vinculados ao regime regulatório) e (v) não divisibilidade (companhias multinacionais, após adotarem o padrão mais rigoroso para estarem aptas a comercializarem em importante mercado consumidor internacional, preferem adotar esse padrão mais rígido quando os benefícios dessa uniformização da produção global, em decorrência da economia de escala, superarem os custos da abdicação aos padrões regulatórios menos rígidos de outros países).[41]

[40] Ibid., p. 1-4.
[41] Ibid., p. 25-65.

**Imagem 1: Pressupostos Subjacentes Para Eficácia Do "Unilateralismo Regulatório"**




Fonte: BRADFORD, Anu., Op. cit., p. 25-65

Esses elementos subjacentes ao "unilateralismo regulatório" são capazes de explicar o porquê e em quais condições determinadas regulações estão aptas a serem incorporadas, em muitos casos sem qualquer esforço diplomático, por outras legislações estrangeiras. A própria UE, por exemplo, já admite que a atividade regulatória interna, que primordialmente busca estabelecer o mercado único europeu, possui como componente uma dimensão externa capaz de torná-la uma impulsionadora de regras e padrões globais em diversas áreas, como segurança alimentar, saúde e segurança do consumidor, proteção ambiental e proteção de dados.[42]

*Brussels Effect*, por exemplo, pode ser identificado a partir de diversos exemplos envolvendo o Brasil. A Citrosuco, por exemplo, empresa brasileira que é a maior exportadora de suco de laranja no mundo, apesar de exportá-lo para mais de 100

[42] EUROPEAN COMMISSION. The external dimension of the single market review: Accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A single market for 21st century Europe. **Publications Office of the EU**, 20 nov. 2007. Disponível em: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c69a4c0d-65fb-46a9-9c1d-a2dbea0faa8f/language-en. Acesso em: 19 maio 2021.

(cem) países, incorporou as normas mais restritivas europeias para certificar todas suas três fábricas no Brasil: independente do país exportador, a cadeia de produção da Citrosuco incorpora os padrões globais mais rígidos exigidos pela EU, tanto no sistema operacional (ISSO 14001 e OHSAS 18001), quanto no sistema de gestão de segurança dos alimentos (FSSC22000). Outro exemplo dessa "*de facto Brussels Effect*" é a JBS S.A., uma das líderes globais no segmento da indústria alimentar, que possui um "Selo da Cadeia de Fornecimento", reunindo, *e.g.,* o protocolo de rastreabilidade oriundo, especificamente, da exigência do Regulamento de Rastreabilidade da União Europeia[43]. Na indústria de carne bovina no Brasil, por exemplo, ao qual a JBS S.A. também se insere, houve também a incorporação da legislação da UE na Instrução Normativa 55, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, proibindo-se a "a importação, a produção, a comercialização e o uso de substâncias naturais ou artificiais, com atividades anabolizantes hormonais, para fins de crescimento e ganho de peso em bovinos de abate." (art. 1º).

Há ainda dois conhecidos exemplos legislativos que refletem o "Efeito Bruxelas" na indústria do mel brasileira. O primeiro deles se refere aos embargos realizados pela UE à importação do mel brasileiro, em 2006, em decorrência da detecção de resíduos nocivos e contaminantes. Esses embargos desencadearam uma reforma legislativa no setor, o que desencadeou a instituição da Câmara Setorial da Cadeia Produtiva do Mel e Produtos das Abelhas, e a inserção do mel no Plano Nacional de Controle de Resíduos e Contaminantes em Produtos de Origem Animal (PNCRC)[44], em

[43] Nesse sentido: "O Selo da Cadeia de Fornecimento reúne rigorosos protocolos em temas como bem-estar animal, rastreabilidade, sustentabilidade, operação, produção, qualidade, industrialização e comercialização. Os parâmetros do Selo são adotados com base em iniciativas reconhecidas mundial - mente, como a British Retail Consortium (BRC), Regulamento 1099 da União Europeia para Bem-estar Animal, Protocolo AMI de Bem-estar Animal dos Estados Unidos e o Regulamento de Rastreabilidade da União Europeia." (JBS. **Relatório Anual e de Sustentabilidade JBS – 2019**, 28 mai. 2020. Disponível em: https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/043a77e1-0127-4502-bc5b-21427b991b22/d5b8a6f3-4201-495b-bad8-6e125b8f913e?origin=1. Acesso em: 19 mai. 2021).

[44] Ressalta-se, inclusive, que esse Plano Nacional de Controle também foi criado pelo governo brasileiro, em 2019, em resposta aos embargos europeus. Sobre o exemplo da indústria do mel: JALE, Tosun; MAURICIO DE MORAES, Marcondes. Import Restrictions and Food-Safety Regulations: Insight from Brazil. **Latin American Policy**, v. 7, n. 2, p. 377-398, 2016.

2007. Em resposta a essas medidas regulatórias, a UE suspendeu a proibição de importação do mel brasileiro.

O segundo exemplo se refere à exigência, após a decisão da Corte de Justiça da União Europeia, em 2011, de que o mel contendo traços de pólen de plantas geneticamente modicadas (OGM) deve também ser rotulado como um produto geneticamente modificado. Isso representou um desafio importante à indústria do mel brasileira, tendo em vista que o Brasil é um dos maiores exportadores de safras geneticamente modificadas no mundo. Após a exigência europeia, o governo brasileiro envidou esforços para melhorar a identificação laboratorial do pólen de plantas geneticamente modificadas; para identificar áreas livres de safras geneticamente modificadas, onde a produção de mel não poderia ser alvo de contaminações cruzadas; e estabeleceu novos padrões regulatórios, inclusive mais rígidos que a exigência europeia, para o controle de substância e resíduos encontrados no mel.[45]

Há também diversos exemplos desse "unilateralismo regulatório" na criação de padrões regulatórios globais: as normas dos EUA que determinam a pasteurização do leite e de todos os produtos derivados comercializados naquele país; os padrões de governança corporativa estabelecidos pelos EUA na Lei Sarbanes-Oxley, em 2002, após os escândalos financeiros e contábeis das empresas Xerox e Eron;[46] e, ainda, a ameaça do "unilateralismo regulatório" da UE em relação às emissões de gases de efeito estufa e de compensação de carbono para a aviação internacional, que levaram os países a um consenso internacional sobre o tema[47] (sendo este um exemplo clássico do "unilateralismo regulatório" utilizado instrumentalmente na promoção do multilateralismo).

Não obstante, deve-se ressaltar que não é apenas por esse "unilateralismo agressivo" — que regula os padrões de empresas globais, que influencia as legislações nacionais de outros países e que, por vezes, é utilizada instrumentalmente para promover o multilateralismo — que países desenvolvidos podem "exportar regulações" e padrões

[45] Ibid.
[46] BRADFORD, Anu., Op. cit., p. 47
[47] Ibid., Op. cit., p. 90.

globais vinculados aos riscos *ESG*. A doutrina aponta ainda duas técnicas legislativas a partir da qual esses países desenvolvidos influenciam os padrões de regulação global, quais sejam a extraterritorialidade, a extensão territorial. A extraterritorialidade torna capaz a imposição de obrigações a pessoas físicas e jurídicas que não possuem vínculo com os países que as emitem (*e,g.*, a lei concorrencial da UE, capaz de ser aplicada a estrangeiros sempre que os consumidores ou a concorrência na UE for afetada); já a extensão territorial regula certa circunstância ou fato no território estrangeiro que estabelece, ainda que mediatamente, ligação territorial aos países que as emitem (*eg., EU Emissions Trading Scheme*, uma vez que este considera as emissões de gases que um voo produz fora da UE).[48]

Nesse contexto, deve-se mencionar, ainda, a rejeição europeia da cláusula de exceção do *fórum non conveniens.* Assim, por exemplo, o Regulamento 864/2007 do Parlamento Europeu (Roma II)[49], que dispõe sobre a lei aplicável às obrigações extracontratuais, consagra o princípio da "*lex loci delicti commissi*" (a lei aplicável aos ilícitos decorrentes de obrigações extracontratuais é a do país onde ocorre o dano), permitindo inclusive a aplicação do direito estrangeiro (art. 3º). É com base nessa cláusula, por exemplo, que foi proposta ação coletiva contra a empresa londrina BHP Billington, acionista da Samarco, na corte britânica, em decorrência do desastre em Mariana mencionado na introdução desse trabalho.[50]

---

[48] SCOTT, Joanne. Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law. **American Journal of Comparative Law**, v. 62, n. 1, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276433. Acesso em: 19 mai 2021.

[49] PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento 864, de 11 de julho de 2007**. Relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II»). Jornal Oficial da União Europeia, [S. l.], 31 jul. 2007. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=en. Acesso em: 19 mai. 2021.

[50] Essa recente demanda é citada por Calixto Salomão. O autor aponta há instrumentos jurídicos para responsabilizar as grandes corporações multinacionais em suas sedes e que isso seria um dos instrumentos jurídicos para a formação do que alcunha como "direito econômico global" (resposta normativa às externalidades negativas da globalização corporativa). Nesse sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto., Op. cit., p. RB-22.2. Ressalta-se, no entanto, que após a demanda ser extinta sem resolução do mérito, o processo aguarda pronunciamento da Corte de Apelação em Londres. Sobre esse litígio internacional, destaca-se a linha do tempo formulada em: PARREIRAS, Mateus. Ação internacional dos atingidos de Mariana será reavaliada na Inglaterra. **Correio Braziliense**, 05 mai. 2021. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/05/4922451-acao-internacional-dos-atingidos-de-mariana-sera-reavaliada-na-inglaterra.html. Acesso em: 19 mai. 2021.

Essa globalização regulatória — com exemplos empíricos que demonstram que as regulações domésticas e os padrões globais de comportamento empresariais podem se tornar mais rígidos — evidenciam que, em determinadas matérias *ESG*, sob as condições subjacentes apontadas acima, as políticas comerciais podem se traduzir em uma verdadeira "corrida [regulatória] para o topo" (*race to the top*)[51], ainda que dissimulando interesses protecionistas de países desenvolvimento. Dessa maneira, esse "unilateralismo regulatório" dos EUA e, principalmente, da UE está sendo capaz de enfrentar os óbices da "decadência do consentimento" no direito internacional, endereçando determinados riscos *ESG* e influenciando os padrões globais de comportamento de multinacionais por outras técnicas de harmonização.

Trata-se, portanto, da emergência de um "direito empresarial global", no qual a governança policêntrica[52] (sistema de leis e políticas públicas, governança civil e governança corporativa) é influenciada pela "globalização regulatória" (importação de padrões regulatórios mais rígidos do que a legislação doméstica que regula a corporação). Não obstante, esse "unilateralismo regulatório" possui limitações e não consegue regular de forma eficaz determinados riscos *ESG*¸ como um padrão sociolaboral mínimo, conforme se aduz no capítulo seguinte.

[51] Vide nota de rodapé 26 e 27.
[52] Vide nota de rodapé 13.

## 2.2 Limitações no "Unilateralismo Regulatório" e outras técnicas de harmonização normativa: risco ESG e estímulo à autorregulação empresarial

A limitação do "unilateralismo regulatório" decorre, sobretudo, diante de alvos regulatórios que são divisíveis, isto é, condutas ou produtos que podem ser voluntariamente descentralizados pelas corporações multinacionais (especialização do processo produtivo): eventuais ganhos de escala pela uniformização ou centralização da produção da companhia não irão se sobrepor à economia de custos que essas empresas são capazes de usufruir na adesão a regulamentos locais menos rígidos. O exemplo clássico de um objeto regulatório que é divisível é o mercado de trabalho: aderir a um padrão sociolaboral global implicará, por exemplo, poucos ganhos de escala à corporação multinacional, e esta economicamente preferirá aderir a diferentes sistemas regulatórios trabalhistas locais que são, em geral, menos rígidos que o padrão de economias desenvolvidas.[53]

Nesses casos, o "unilateralismo regulatório" pode ser utilizado para abrir espaço e incentivar o diálogo com outras técnicas de harmonização normativa, como o multilateralismo e as técnicas legislativas da extraterritorialidade e de extensão territorial. Diante de alvos regulatórios divisíveis, os países desenvolvidos — além de se valerem do "unilateralismo" para incentivar um consentimento no multilateralismo, como nos exemplos descritos no capítulo anterior — estimularão a formação de novos padrões globais a partir do desenvolvimento de novas políticas comerciais e de investimento, por exemplo.

Nesse espaço de análise se insere, portanto, alguns dos riscos divisíveis da sigla *ESG*, sobretudo no pilar social, como os direitos trabalhistas, os direitos das minorias, o trabalho infantil e o trabalho escravo, etc. Diante desses alvos regulatórios, muitas empresas multinacionais, a *contrario sensu*, podem preferir padrões regulatórios mais rígidos para protegerem a reputação de suas marcas globais, ainda que haja alternativas menos rígida e mais "baratas" que possam ser adotadas em eventuais legislações locais onde desempenham atividade.

[53] BRADFORD, Anu., Op. cit., p. 62.

Esse é o caso, por exemplo, do Grupo Carrefour no "Caso João Alberto" mencionado no início do presente artigo. Diante da reputação abalada por práticas corporativas racistas, a companhia multinacional, *e.g.*, transformou o modelo de segurança dos estabelecimentos e iniciou um modelo de contratação direta desses funcionários: abandonou-se a terceirização (opção que, economicamente, seria mais vantajosa para a companhia e permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro). Além disso, a companhia criou uma política de diversidade e regulou formalmente novos valores apontados como relevantes pela multinacional (*e.g.*, diversidade de gênero, política racial e sexual, e inclusão de pessoas com deficiência).

Dessa maneira, sobretudo diante do pilar social (alvos regulatórios mais propensos a serem divisíveis), as corporações multinacionais se tornam atores regulatórios capazes de contribuir com os direitos humanos. Esse capitalismo de *stakeholders* será estimulado pela política de investimentos e financiamento dos países desenvolvidos, que vincularão a concessão destes à integração de metas ambientais, sociais e de governança (mercado global de dívida sustentável).[54]

Nesse "direito empresarial global", os órgãos e fóruns internacionais terão importante papel educativo: haverá companhias multinacionais que não estarão preparadas para regular esse pilar social (*social).* Nesse cenário, o relatório endossado pela unanimidade dos países integrantes do Conselho de Direitos Humanos (CDH), intitulado "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos: Implementando os Parâmetros 'Proteger, Respeitar e Reparar' das Nações Unidas" (2011) é bastante relevante. Em resumo, o relatório forneceu, pela primeira vez na doutrina, uma "plataforma global comum de padrões normativos e orientação de políticas confiáveis" para Estados, empresa e sociedade civil"[55] em relação aos riscos sociais (violação de direitos humanos).

---

[54] A emissão de títulos de dívida vinculados a critérios de sustentabilidade ambiental e social deve se aproximar ao valor recorde de US$ 1,178 trilhão, conforme dados do banco sueco Skandinaviska Enskilda Banken (SEB). Para mais informações sobre esse mercado global de dívidas sustentáveis: MOREIRA, Assis. Emissões sustentáveis globais devem bater recorde no ano. **Jornal Valor Econômico**, 19 abr. 2021. Disponível em: https://valor.globo.com/financas/noticia/2021/04/19/emissoes-sustentaveis-globais-devem-bater-recorde-no-ano.ghtml. Acesso em 10 mai. 2021.

[55] RUGGIE, John Gerard., Op. cit., p. 27.

Essa harmonização de princípios orientadores se baseia em três pilares: (i) o Estado deve proteger e evitar violações aos direitos humanos, sobretudo diante dos deveres assumidos por eles nos tratados e regulamentos internacionais (regime internacional de direitos humanos); (ii) a companhia deve (ii.a) respeitar os direitos humanos, mediante auditoria das atividades empresariais, sobretudo diante das expectativas básicas esperadas pela sociedade em relação a elas; e deve (ii.b) enfrentar os impactos decorrentes de eventuais violações que praticarem ou concorrerem; e, por fim, (iii) Estados e empresas devem oferecer mecanismos — judiciais ou extrajudiciais — eficazes de reparação.[56]

Entre os 31 (trinta e um) princípios orientadores, quase a metade deles é direcionada especificamente às companhias. Entre os 14 (quatorze) princípios direcionados às empresas, há cinco princípios considerados fundamentais: (i) o primeiro de que empresas devem, portanto, respeitar os direitos humanos, ou seja, devem evitar violações e enfrentar eventuais impactos negativos caso aquelas ocorram; o (ii) segundo de que os direitos humanos que devem ser respeitados pelas empresas são aqueles dispostos em rol exemplificativo na Carta Internacional de Direitos Humanos e nas normas contidas na Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais do trabalho[57]; o (iii) terceiro de que esse respeito exige (iii.a) que as companhias evitem causar ou contribuir com impactos adversos nos direitos humanos, devendo, ainda, enfrentar os impactos negativos caso essas violações ocorram; e (iii.b) que as companhias

[56] RUGGIE, John Gerard., Op. cit., p. 138. Destaca-se ainda a íntegra do relatório: UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. [S. l.], 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

[57] O princípio fundamental 12 esclarece quais são esses direitos inseridos nesse sistema internacional mencionado: "An authoritative list of the core internationally recognized human rights is contained in the International Bill of Human Rights (consisting of the Universal Declaration of Human Rights and the main instruments through which it has been codified: the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), coupled with the principles concerning fundamental rights in the eight ILO core conventions as set out in the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. These are the benchmarks against which other social actors assess the human rights impacts of business enterprises. The responsibility of business enterprises to respect human rights is distinct from issues of legal liability and enforcement, which remain defined largely by national law provisions in relevant jurisdictions. Depending on circumstances, business enterprises may need to consider additional standards [..]" (UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL., Op. cit., p. 14)

previnam impactos adversos que estejam vinculados essencialmente às suas atividades empresariais, produtos ou serviços prestados, ainda que não tenham contribuído com esses impactos diretamente; (iv) o quarto princípio fundamental aduz que essa responsabilidade corporativa se aplica a todas as empresas, independentemente do tamanho ou segmento das companhias (esses fatores influenciariam apenas a magnitude e a complexidade dos meios pelas quais as empresas deveriam se valer para gerir o risco de violações aos direitos humanos); e, por fim, o (v) quinto princípio fundamental dispõe que as empresas devem se valer de políticas e processos adequados para respeitar os direitos humanos, incluindo (v.a) um compromisso político de observar essa responsabilidade social (princípio orientador 16); (v.b) uma auditoria (*due dilligence)* em direitos humanos, capaz de identificar, prevenir e prestar contas (*accoutability)* aos *stakeholders* de como esses riscos de violações a direitos humanos estão sendo gerenciados (princípio orientador 17 a 21); e, por fim, (v.c) processos capazes de reparar eventuais impactos e violações nos direitos humanos que tenham incorrido (princípio orientador 22).[58]

Apenas com essa construção doutrinária chegamos, enfim, ao objeto da presente pesquisa, que dialoga, portanto, com os princípios orientadores desse quinto princípio fundamental, quais sejam:  o compromisso político da companhia; e uma auditoria em direitos humanos devidamente publicizada aos stakeholders externos. Além de demonstrar o atual estado da arte na temática entre política comercial e direitos humanos, a construção doutrinária acima é importante para esclarecer o objeto de pesquisa.

Em resumo, o paradigma de que empresas são também responsável pela garantia dos direitos humanos é uma das respostas ao problema enfrentado por essa temática social nos órgãos multilaterais de comércio; e às limitações o "unilateralismo regulatório" na exportação de padrões mais rígidos em relação a determinados direitos humanos (metas regulatórias divisíveis). Ademais, conforme se ressaltou, esses padrões sociais (bem como os demais direitos inseridos no debate *ESG*), por serem ineficazes ao "unilateralismo regulatório", serão estimulados pelos países desenvolvidos nos grandes

[58] Ibid.

fóruns e debates internacionais, bem como pela política de investimento nacional (*Green, Social or Sustainability Bonds).*

Diante desse panorama doutrinário, no próximo capítulo serão apresentadas as respostas aos questionamentos principais, em diálogo com o quinto princípio fundamental na relação entre empresas (no caso, entre corporações multinacionais) e direitos humanos.

## 3. Risco *ESG* e multinacionais brasileiras: a gestão do risco de violações aos Direitos Humanos (*social*) nas quinze multinacionais brasileiras na Bolsa de Valores com maior índice de internacionalização

No que tange ao compromisso político da companhia, o relatório endossado, em 2011, no CDH dispõe que, para cumprir com a responsabilidade empresarial de respeitar os direitos humanos, as companhias devem expressar o compromisso com essa responsabilidade por meio de uma "declaração política" que: seja aprovada no mais alto nível de administração da empresa; se baseie em assessoria especializada interna ou externa; estabeleça as expectativas de direitos humanos da empresa com as partes com ela relacionadas; esteja publicamente disponível e seja disseminada interna e externamente a todo pessoal, parceiros comerciais e outras partes eventualmente interessadas; seja refletida em processos operacionais para incorporá-la no âmbito de toda a empresa.

Já no que tange à necessidade de a companhia se valer de uma auditoria em direitos humanos — capaz de identificar, prevenir e prestar contas aos *stakeholders* de como esses riscos e violações a direitos humanos estão sendo gerenciados pela corporação —, os princípios orientadores no relatório endossado pelo CDH são bastante extensos, detalhando os elementos essenciais dessa auditoria.[59] Em resumo, com fulcro nas pretensões do presente artigo, deve-se mencionar as seguintes características: (i) essa auditoria seria uma obrigação de meio, ou seja, ela não evitaria ou isentaria as corporações de eventuais violações aos direitos humanos; (ii) essa auditoria deveria ser integrada aos processos operacionais, às decisões empresariais internas, às alocações orçamentárias e

[59] Ibid., p. 16-26.

aos processos de monitoramento e *compliance* da companhia; e, por fim, **(iii) as** corporações deveriam possuir comunicações com (iii.a) forma e frequência padronizadas, com fulcro nos impactos aos direitos humanos monitorados pela auditoria, e acessíveis publicamente; e comunicações (iii.b) que sinalizam que, mais do que respeitar os direitos humanos, as corporações conseguem demonstrar tais práticas, com transparência e autorresponsabilidade diante dos seus *stakeholders*.[60]

Não está nas pretensões dessa pesquisa analisar a qualidade dessa gestão de riscos *ESG* (entre os quais se incluiria, como vimos, o risco de violações aos direitos humanos no pilar social). Esse trabalho já é realizado por organizações internacionais como a *Sustainalytics*, que analisa qualitativa e comparativamente o desempenho das corporações multinacionais na gestão de riscos de governança, de proteção ambiental e de governança corporativa.

Nesse sentido, desde já, destacam-se as multinacionais brasileiras consultadas por essa pesquisa que são avaliadas pela metodologia da *Sustainalytics*.[61] Essa metodologia atribui notas em relação à (i) exposição de riscos em questões *ESG* com as quais a companhia deve lidar no plano de negócio e no segmento em que atua (*exposure*); e em relação ao (ii) quão bem essas companhias qualitativamente gerenciam essas questões (*management*), com fulcro na robustez dos seus programas, práticas e política *ESG*:

[60] Ibid.

[61] Os dados referentes às multinacionais brasileiras constantes na tabela abaixo estão disponíveis em: https://www.sustainalytics.com/. Acesso em: 19 mai. 2021.

**Tabela 1: Risco *ESG* nas multinacionais brasileiras**

| Multinacionais brasileiras com maior índice de internacionalização | Exposição/ gerenciamento *ESG* (2020) | *ESG* risk rating |
|---|---|---|
| **Iochpe-Maxion S.A.** | N/A | N/A[62] |
| **JBS S.A.** | Alto/Médio | Severo (490ª/556): 47.6 |
| **Minerva Foods S.A.** | N/A | N/A |
| **Metalfrio Solutions S.A.** | N/A | N/A |
| **Tupy S.A.** | N/A | N/A |
| **Braskem S.A.** | Médio/Médio | Médio (66ª/447): 26.9 |
| **Marfrig Global Foods S.A.** | N/A | N/A |
| **Gerdau S.A.** | Alto/Médio | Severo (50ª/143): 44,1 |
| **WEG S.A.** | Médio/Médio | Médio (70ª/177): 27.7 |
| **Marcopolo S.A.** | N/A | N/A |
| **Natura S.A.** | Médio/Médio | Médio (39ª/99): 27.9 |
| **Vale S.A.** | Alto/Forte | Severo (46ª/152): 40.5 |
| **Embraer S.A.** | Alto/Médio | Alto (36ª/89): 36.8 |
| **Localiza S.A.** | Ínfima/Médio | Insignificante (1ª/336): 8.4 |
| **Camil S.A.** | N/A | N/A |

Fonte: *Sustainalytics*

Dessa maneira, há corporações multinacionais brasileiras que, diante de uma quantidade extensa de riscos *ESG* (exposição alta), não estão gerindo qualitativamente bem esses riscos em suas políticas ESG (gerenciamento), tornando-se companhias com alto risco de violações sociais, ambientais e/ou de governança corporativa (risco). Entre as empresas com risco severo, destacam-se: a JBS S.A. (alta exposição e gerenciamento de média qualidade), Gerdau S.A. (alta exposição e gerenciamento de média qualidade) e a VALE S.A. (alta exposição e gerenciamento de alta qualidade). Ressalta-se que apenas a VALE S.A. possui um gerenciamento considerado de alta qualidade, o que, entretanto, não tem sido suficiente diante dos riscos complexos e elevados no qual o modelo de negócio está inserido.

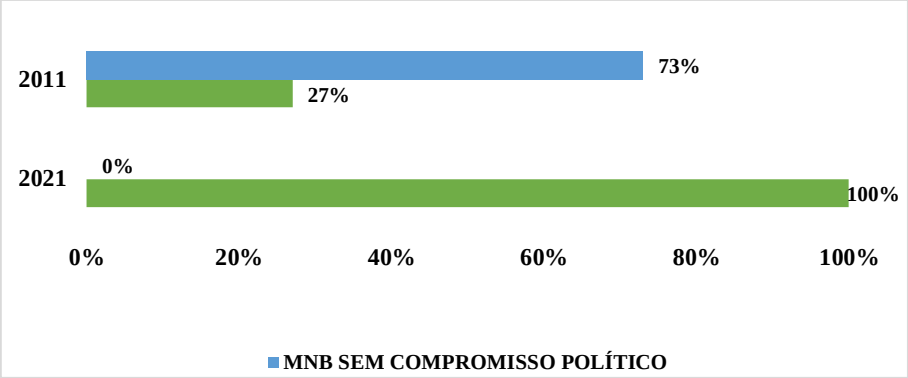
[62] A Iochpe-Maxion S.A. não possui avaliação no site da Sustainalytics. Não obstante, em razão da recente oferta de títulos de dívida vinculado a metas de sustentabilidade, a companhia teve sua política avaliada por outras agências de risco. Disponível em: https://www.iochpe.com.br/list.aspx?idCanal=MPpzMEm5Of4JSd8Smw7yEw==&pagina=0#ancora. Acesso em: 19 mai. 2021. A título de curiosidade, importa mencionar as metas de sustentabilidade vinculadas aos títulos emitidos: "[...] realizamos nossa primeira captação no mercado de capitais internacional com um 'Sustainability-linked bond' no valor de US$ 400 milhões e prazo de amortização de 7 anos. Nesta emissão no "bond", estabelecemos uma meta de redução de 30% gases de efeito estufa até o final de 2025. Ainda em consonância com a nossa estratégia de sustentabilidade, anunciamos a meta de redução de 70% deste indicador até o final de 2030.".

Percebe-se, ainda, que essas avaliações *ESG* são também comparativas entre as empresas que estão inseridas no mesmo segmento empresarial. Dessa maneira, por exemplo, a JBS S.A., com um risco *ESG* severo (exposição alta e gerenciamento de média qualidade), ocupa uma das piores posições no segmento de indústria alimentar (posição 490ª entre 556 empresas analisadas) e uma das piores posições globais (posição 13056ª no universo de 13726 empresas analisadas). Há, portanto, diversas concorrentes globais que serão menos propensas a violações *ESG* do que a JBS S.A, com destaque para a empresa norueguesa Mowi ASA (*ESG risk rating* 26.1) e a empresa londrina Saputo Inc. (*ESG risk rating* 30.7).

Isto posto, reitera-se que não há a pretensão de uma análise qualitativa desse risco *ESG*. O objeto da pesquisa foi verificar temporalmente se e por quais canais essas corporações multinacionais assumem o (i) compromisso político de respeitar os direitos humanos e informam (ii) como estão gerindo os riscos *ESG* (notadamente, os riscos sociais). A hipótese, como se ressaltou na introdução, era de que (i) esse compromisso institucional aumentou formalmente no período entre 2011 e 2021; bem como de que (ii) os meios e canais pelos quais passaram a informar a gestão dos riscos *ESG* foram ampliados. As razões que fundamentavam essa hipótese foram expostas na construção doutrinária acima: diante da "decadência do consentimento" e das limitações do "unilateralismo regulatório", a política externa e de investimentos dos países desenvolvidos passaram a estimular esses padrões *ESG*, o que deveria, ao menos em tese, influenciar o comportamento e a melhoria da autorregulação das corporações multinacionais brasileiras.

Essa hipótese foi comprovada. Em 2011, após detida análise dos formulários de referência, verificou-se que apenas 4 (quatro) das multinacionais pesquisadas mantinham um compromisso formal de respeito aos direitos humanos (direitos sociais). Em 2021, todas as 15 (quinze) multinacionais consultadas mantinham esse compromisso formal:

**Imagem 3: Multinacionais brasileiras e compromisso político com os Direitos Humanos em 2011 e 2021**




Fonte: Elaborado pelo autor

**Tabela 2: Compromisso político de respeitar os Direitos Humanos dos *stakeholders* entre 2011 e 2021 pelas multinacionais brasileiras**

| Multinacionais brasileiras | Compromisso político (2011) | Compromisso político (2021) |
|---|---|---|
| **Iochpe-Maxion S.A.** | NÃO | Código de Conduta aprovado pelo CA (2018) |
| **JBS S.A.** | NÃO | Código de Conduta e Ética aprovado pelo CA (2018) |
| **Minerva Foods S.A.** | NÃO | Código de Ética - Guia de Conduta da Minerva Foods aprovado pelo CA (2020) |
| **Metalfrio Solutions S.A.** | NÃO | Código de Ética e Conduta Empresarial aprovado pelo CA (2016) |
| **Tupy S.A.** | NÃO | Código de Ética e Conduta atualizado e aprovado pela Diretoria Executiva (2019) |
| **Braskem S.A.** | NÃO | Código de Conduta aprovado pelo CA (2017) |
| **Marfrig Global Foods S.A.** | Código de Conduta aprovado pelo CA (2007) | Código de Ética e Conduta revisado e aprovado pelo CA (2019) |
| **Gerdau S.A.** | NÃO | Política de Direitos Humanos aprovado pelo CA (2020) |
| **WEG S.A.** | Código de Conduta aprovado pelo CA (2007) | Código de Ética e Conduta revisado e aprovado pelo CA e pela Diretoria Executiva (2014) |
| **Marcopolo S.A.** | NÃO | Código de Conduta da Marcopolo aprovado pelo CA (2018) |
| **Natura S.A.** | Missão, Visão e Crenças e | Código de Conduta Global revisado e aprovado pelo CA |

| | | |
|---|---|---|
| | mensagem da presidência do conselho de administração no Relatório Anual (2011)[63] | |
| **Vale S.A.** | Código de Conduta Ética aprovado pelo CA | Política de Direitos Humanos aprovada pelo CA (2019) |
| **Embraer S.A.** | Código de Conduta Ética aprovado pelo CA (2008) | Código de Ética e Conduta revisado e aprovado pelo CA (2020) |
| **Localiza S.A.** | NÃO | Código de Conduta aprovado pelo CA (2020) |
| **Camil S.A.** | N/A[64] | Regimento Interno do Comitê de ESG e Ética aprovado pelo CA (2021) |

Fonte: Elaborado pelo autor

Ademais, conforme se verifica na tabela acima, percebe-se que essas multinacionais brasileiras comumente endereçam esse compromisso político por meio da aprovação, pelo Conselho de Administração (CA), de um "Código de Conduta". Isso reflete uma correlação estatisticamente relevante observada fortuitamente nessa pesquisa: 80% das empresas consultadas estão listadas no segmento no Novo Mercado na bolsa brasileira.

Isto é — com exceção da Braskem S.A. (listada no Nível 1), da Gerdau S.A. (listada no Nível 1) e da Marcopolo S.A. (listada no Nível 2) —, todas as demais multinacionais brasileiras estão listadas no segmento que exigem o maior padrão de governança corporativa entre as corporações de capital aberto no Brasil.[65] Essa correlação

[63] A holding da Natura foi criada apenas em 2017, com a compra da The Body Shop. Dessa maneira, no ano de 2011, o estudo analisou e consultou os documentos da Natura Cosméticos S.A., atualmente subsidiária integral da holding da Natura.

[64] A CAMIL S.A. realizou sua oferta pública inicial de ações apenas em 2017.

[65] O Regulamento de Listagem do Novo Mercado está disponível no seguinte endereço: http://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem/. Acesso em 19 mai. 2020. Segundo Nelson Eizirik, a incorporação de mecanismos de governança corporativa por exigência dos segmentos de listagem seria uma terceira fase na evolução desses órgãos sociais na prática empresarial nacional: "Podemos reconhecer 3 (três) fases na evolução do conselho de administração, em nossa prática empresarial. Num primeiro momento, dada a dificuldade de compreensão de suas reais funções por parte do empresariado, sua composição abrigava predominantemente membros da família do acionista controlador e diretores, justificando as acerbas críticas doutrinárias que existiam no regime legal anterior.

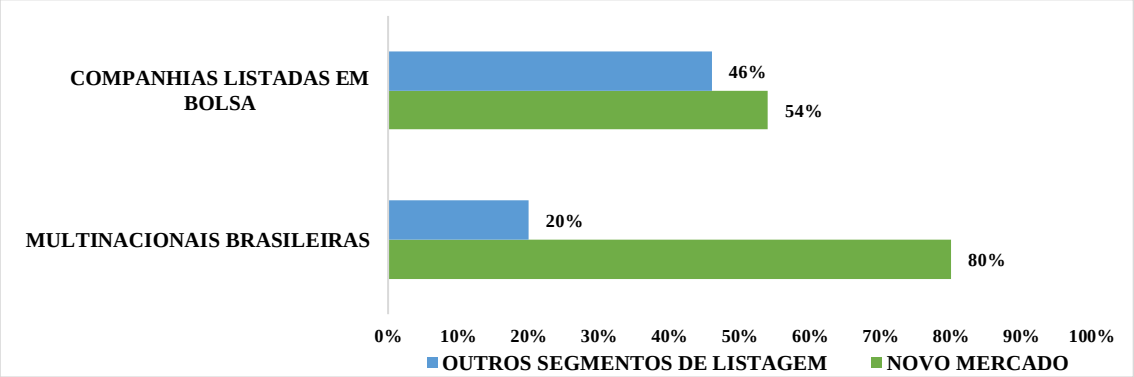
se refletiu no meio utilizado comumente por essas empresas para afirmar esse compromisso político, uma vez que o Regulamento do Novo Mercado exige que as companhias elaborem e divulguem publicamente um "Código de Conduta", aprovado pelo CA e aplicado a todos os empregados e administradores, que contemple, entre outras coisas (art. 31), "os deveres [da companhia] em relação à sociedade civil, como responsabilidade socioambiental, respeito aos direitos humanos, e às relações de trabalho".[66]

Essa correlação estatística com qual o trabalho se deparou fortuitamente demonstra que há um padrão maior de governança corporativa entre multinacionais: quando comparado com a integralidade de companhias abertas no Brasil, esse índice de 80% de listagem no Novo Mercado diminui vertiginosamente:

Num segundo momento, passou-se a convidar para o conselho também membros externos, 'independentes, mas não tanto', usualmente pessoas que já prestavam serviços à companhia, como advogados ou consultores econômicos e financeiros. Atualmente, podemos perceber uma terceira fase, bastante positiva, em que as companhias abertas, seja por imposição do Regulamento de listagem da BM&FBovespa, seja por seguirem as recomendações do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), chamam para integrar seus conselhos profissionais efetivamente independentes, sem qualquer vínculo com os controladores ou com a própria companhia." (EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada: artigos 138 a 205**. vol. 3, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015).

[66] B3 - BRASIL, BOLSA BALCÃO. **Regulamento do Novo Mercado**. [S. l.], 3 out. 2017. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem/. Acesso em: 19 maio 2021.

**Imagem 4: Adesão ao novo mercado entre as multinacionais brasileiras e as demais multinacionais brasileiras listadas na Bolsa de Valores**




Fonte: Segmentos de listagem da B3 S.A.[67]

**Tabela 3: Quantidade de companhias listadas na bolsa brasileira em cada segmento de listagem**

| Segmento de listagem | Quantidade de companhias |
|---|---|
| Bovespa Mais | 15 |
| Bovespa Mais Nível 2 | 2 |
| Novo Mercado | 201 |
| Nível 2 | 23 |
| Nível 1 | 27 |
| Básico | 171 |
| **TOTAL** | 439 |

Fonte: Segmentos de listagem da B3 S.A.[68]

Em relação ao segundo questionamento proposto, essa correlação entre as multinacionais e o Novo Mercado também refletiu nas respostas encontradas. Isto porque, nos termos do art. 32 do Regulamento do Novo Mercado, há uma exigência mínima de políticas que devem ser elaboradas e divulgadas pela companhia aberta. Essas políticas, direta ou indiretamente, regulam os riscos *ESG*: política de remuneração; política de indicação de membros do conselho de administração, seus comitês de assessoramento e diretoria estatutáriapolítica de gerenciamento de riscos; política de transações com partes

[67] Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/renda-variavel/empresas-listadas.htm. Acesso em: 19 mai. 2021

[68] Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/negociacao/renda-variavel/empresas-listadas.htm. Acesso em: 19 mai. 2021

relacionadas; e política de negociação de valores mobiliários. No que tange à política de gerenciamento de riscos, o Regulamento contempla ainda a necessidade de se contemplar parâmetros mínimos, tais como riscos estratégicos, operacionais, regulatório, financeiro, político, tecnológico e ambiental.

Dessa maneira, além dessas políticas exigidas (que regulam, principalmente, os riscos da governança corporativa), verificou-se que todas as multinacionais passaram a também comunicar os riscos *ESG* por meio de uma espécie de relatório periódico e padronizado. Dessa maneira, a maioria dessas companhias, para facilitar a avaliação *stakeholders* externos, padronizam esses informes segundo as diretrizes e critérios estabelecidos pela *Global Reporting Initiative (*GRI), entre os quais se incluem indicadores relacionados aos riscos *ESG* (*eg.*, avaliação em direitos humanos, direitos de povos indígenas, formas de gestão do risco de trabalho infantil, forçado ou análogo à escravidão, liberdade sindical negociação coletiva, não discriminação, diversidade e igualdade de oportunidades, saúde e segurança do trabalho e etc).

Ainda no que tange à padronização, outras 6 (seis) multinacionais também optam por divulgar um Informe Anual com informações sobre as práticas do Código das Melhoras Práticas de Governança Corporativa, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC). Ademais, destaca-se também que a maior parte das companhias passaram a criar um campo específico sobre *ESG*, no portal eletrônico de relacionamento com investidor (*eg.*, Vale S.A. e JBS S.A), e que a grande maioria das corporações multinacionais consultadas são signatárias do Pacto Global das Nações Unidas.

É interessante mencionar, não obstante, que a única multinacional que mencionou os "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos", endossados pelo CDH, no formulário de referência, foi a Natura & Co Holding S.A., que dispôs que incorporava a estrutura de auditoria de direitos humanos no programa de compras éticas e sustentáveis da subsidiária *The Body Shop*.[69] Ademais, apenas duas multinacionais individualizaram uma política formal de direitos humanos: a Vale S.A. e

[69] NATURA &CO. Relatório Anual 2020, 16 abr. 2021. Disponível em: https://ri.naturaeco.com/pt-br/publicacoes-e-documentos/relatorios/. Acesso em: 19 maio 2021

a Gerdau S.A., implementadas em 2019 e em 2020, respectivamente. Por fim, cabe mencionar que, no universo das multinacionais analisadas, duas delas haviam emitidos recentemente títulos de dívida no mercado internacional (*international bonds)* vinculadas a metas de sustentabilidade, o que nos remete ao já suscitado mercado global de dívida sustentável como instrumento de estímulo dos países desenvolvidos aos riscos ESG. Essas emissões foram realizadas pela Natura & Co Holding S.A. e pela Iochpe-Maxion, ambas no primeiro semestre de 2021.

A despeito dessas considerações qualitativas, cabe, enfim, ressaltar os resultados empíricos sobre o segundo questionamento (canais e mecanismos utilizados para regular o risco *ESG)*. Nos termos da tabela abaixo, verifica-se que as multinacionais se valem de diversos canais e mecanismos para autorregularem o risco *ESG*, com destaque para as políticas obrigatórias do Regulamento do Novo Mercado e para um relatório periódico integrado e, em geral, padronizado pelos parâmetros da GRI. O destaque é para aquelas companhias que possuem o maior número de mecanismos e canais relevantes para endereçar o risco *ESG*: a Vale S.A., a Natura & Co Holding S.A. e a Localiza S.A.

**Tabela 4: Canais e mecanismos que informam o gerenciamento dos riscos *ESG***

| Multinacionais brasileiras | Canais (2011) | Canais (2021) |
|---|---|---|
| **Iochpe-Maxion S.A.** | 1. Código de Conduta da Companhia (2005)<br>2. Relatório Anual | 1. Código de Conduta (2018)<br>2. Informe anual do Código de Governança Corporativa (2018)<br>3. Relatório de Sustentabilidade (2020)<br>4. Política de gestão de riscos corporativos (2017) |
| **JBS S.A.** | 1. Política de Sustentabilidade<br>2. Relatório Anual e de Sustentabilidade (2009) | 1. Código de Conduta e Ética – Colaboradores (2018)<br>2. Código de Conduta e Ética – Parceiros de Negócio (2018)<br>3. Política de Meio Ambiente<br>4. Relatório Anual e de Sustentabilidade (2009)<br>5. Programa de *Compliance* (2017)<br>6. Política de Compra Responsável |

| | | |
|---|---|---|
| **Minerva Foods S.A.** | 1. Relatório de sustentabilidade (2011) | 1. Relatório de Sustentabilidade (2011)<br>2. Código de Ética - Guia de Conduta da Minerva Foods (2020)<br>3. Política de gerenciamento de risco (2019)<br>4. Política anticorrupção (2021)<br>5. Informe anual de Governança Corporativa (2020) |
| **Metalfrio Solutions S.A.** | - | 1. Relatório de Sustentabilidade (2018)<br>2. Código de Ética e Conduta Empresarial (2016) |
| **Tupy S.A.** | N/A | 1. Relatório de Sustentabilidade (2021)<br>2. Informe anual de Governança Corporativa (2020)<br>3. Código de Ética e Conduta (2019)<br>4. Política de Gestão de Riscos Corporativos (2014) |
| **Braskem S.A.** | - | 1. Política Global de Desenvolvimento Sustentável (2018)<br>2. Código de Conduta (2017)<br>3. Código de Conduta de Terceiros (2018)<br>4. Política Global de Gestão de Riscos (2019)<br>5. Política Global do Sistema de Conformidade (2016)<br>6. Política de transações com partes relacionadas da Braskem S.A. (2018) |
| **Marfrig Global Foods S.A.** | 1. Relatório Anual (2007)<br>2. Código de Conduta (2007) | 1. Relatório Anual (2007)<br>2. Código de Ética e Conduta (2019)<br>3. Política de Prevenção à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo (2020)<br>4. Código de Ética e Conduta de Terceiros (2020)<br>5. Política Global Anticorrupção (2019)<br>6. Política de Gerenciamento de Riscos de Mercado (2007)<br>7. Informe anual de Governança Corporativa (2020) |
| **Gerdau S.A.** | - | 1. Política de Direitos Humanos (2020)<br>2. Política Anticorrupção (2020)<br>3. Política de Sustentabilidade (2020)<br>4. Política de Gestão de Riscos (2021)<br>5. Política de Transações com Partes Relacionadas (2019) |

| | | |
|---|---|---|
| | | 6. Código de Ética e Conduta para Terceiros (2020)<br>7. Código de Ética e Conduta (2020) |
| **WEG S.A.** | 1. Relatório de Sustentabilidade (2011) | 1. Relatório Anual Integrado (2013)<br>2. Código de Ética (2013)<br>3. Código de Ética para Fornecedores<br>4. Política de Prevenção e Combate à Corrupção e Outros Atos Lesivos (2018)<br>5. Política de Transações entre Partes Relacionadas (2020) |
| **Marcopolo S.A.** | - | 1. Código de Conduta da Marcopolo aprovado pelo CA (2018)<br>2. Política Global de Integridade (2019) |
| **Natura S.A.** | 1. Relatório Anual (2001)<br>2. Política de Integridade contra Corrupção e Suborno (2010)<br>3. Política de Doações de Campanha (2010)<br>4. Princípios de Relacionamento com o Governo (2010)<br>5. Política de Uso Sustentável da Biodiversidade e do Patrimônio Cultural | 1. Relatório Anual<br>2. Política de Gerenciamento de Riscos Corporativos (2019)<br>3. Política de Uso Sustentável de Produtos e Serviços da Natura Cosméticos<br>4. Política de Segurança e Saúde ocupacional<br>5. Código de Conduta Global (2019)<br>6. Política Global de Integridade contra Corrupção e Suborno<br>7. Política de Relacionamento com Agentes Públicos, Representações Diplomáticas Nacionais e Internacionais e Entidades de Classe (2011)<br>8. Política Global de Conflito de Interesses (2019)<br>9. Política Global de Brindes, Presentes, Entretenimento, Viagens e Hospedagem (2019)<br>10. Política de Transação com Partes Relacionadas (2019)<br>11. Política de Uso Sustentável da SocioBiodiversidade<br>12. Política de Responsabilidade Socioambiental |
| **Vale S.A.** | 1. Relatório de Sustentabilidade (2007)<br>2. Política de gestão de risco corporativo | 1. Relatório Integrado e Databook ESG (2020)<br>2. Informe anual de Governança Corporativa (2018)<br>3. Política de sustentabilidade (2016)<br>4. Código de Conduta (2020) |

| | | |
|---|---|---|
| | 3. Política de Desenvolvimento Sustentável<br>4. Código de Conduta Ética | 5. Política de Transações com Partes Relacionadas e Conflito de Interesses (2021)<br>6. Política de Gestão de Riscos (2021)<br>7. Política Global Anticorrupção (2020)<br>8. Política de Segurança de Barragens e de Estruturas Geotécnicas de Mineração (2020)<br>9. Política de Pessoas (2020)<br>10. Política de água e recursos hídricos (2020)<br>11. Política de Modelo de Gestão Vale (2020)<br>12. Política de Diversidade e Inclusão (2020)<br>13. Política de Defesa da Concorrência (2020)<br>14. Política de Investimentos Socioambientais (2018)<br>15. Política de Conformidade a Sanções (2019)<br>16. Política de Direitos Humanos (2019) |
| **Embraer S.A.** | 1. Relatório anual (2008)<br>2. Código de Ética e Conduta (2008) | 1. Relatório anual (2008)<br>2. Informe anual de Governança Corporativa (2018)<br>3. Código de Ética e Conduta (2008)<br>4. Política Corporativa – Meio Ambiente, Saúde e Segurança<br>5. Política de Gestão de Riscos (2015)<br>6. Política de Transações com Partes Relacionadas (2018)<br>7. Regimento Interno do Comitê de Pessoas e ESG |
| **Localiza S.A.** | - | 1. Relatório de Sustentabilidade (2017)<br>2. Código de Conduta (2020)<br>3. Política de Denúncias e de não Retaliação a Denunciantes (2020)<br>4. Política Antissuborno e Anticorrupção (2020)<br>5. Política de Defesa da Concorrência (2020)<br>6. Procedimento de Patrocínio e Doações (2020)<br>7. Política de relacionamento com fornecedores (2020) |

| | | |
|---|---|---|
| | | 8. Política de privacidade e proteção de dados (2020)<br>9. Política de sustentabilidade (2018)<br>10. Política de Transação entre Partes Relacionadas (2018)<br>11. Regimento Interno – Comitê de Sustentabilidade (2021)<br>12. Política de Gerenciamento de Riscos e Controles Internos (2018) |
| **Camil S.A.** | N/A[70] | 1. Política de Gestão de Riscos (2020)<br>2. Regimento o Comitê de ESG e Ética (2020) |

Fonte: Elaborado pelo autor.

Dessa maneira, diante dos mecanismos monitorados, verifica-se que ambas as hipóteses foram confirmadas: o compromisso político formal das multinacionais em relação ao respeito aos direitos humanos aumentou no período analisado; e, ao menos quantitativamente, houve o recrudescimento dos canais e mecanismos que passaram a endereçar os riscos ESG nas multinacionais brasileiras.

## 4. Conclusão

Inicialmente, o artigo partiu da hipótese de que o compromisso institucional formal das corporações multinacionais brasileiras com maior índice de internacionalização aumentou no período entre 2011 e 2021; bem como de que os meios e canais pelos quais as corporações multinacionais passaram a informar a gestão dos riscos ESG foram ampliados. A razão doutrinária que fundamentava essa hipótese foi exposta no capítulo dois: os mecanismos de incentivo dos países desenvolvidos, diante da "decadência de consentimento" e das limitações do "unilateralismo regulatório", à autorregulação dos riscos *ESG* deveriam influenciar a autorregulação das corporações brasileiras e, por conseguinte, confirmar a hipótese inicial.

No terceiro capítulo, a partir da análise quantitativa do formulário de referência das multinacionais analisadas, a hipótese foi confirmada: o compromisso

[70] Vide nota de rodapé 66.

político formal das multinacionais, em relação ao respeito aos direitos humanos, aumentou no período analisado: saltou de 27%, em 2011, para 100% das multinacionais, em 2021; além disso, ao menos quantitativamente, os dados demonstram que houve o crescimento de canais padronizados e periódicos que informam os riscos ESG aos *stakeholders* externos.

Por fim, durante a coleta dos dados, deve-se ressaltar importante correlação estatística fortuitamente observada: 80% das corporações multinacionais brasileiras estão listadas no Novo Mercado. Trata-se de número bastante superior à proporção observada entre todas as empresas listadas na bolsa de valores, o que representa um indício de que as corporações multinacionais possuem padrões de governança mais rígidos em relação às companhias estritamente nacionais. O artigo supõe que essa correlação estatística esteja vinculada aos influxos legislativos e políticos mais rígidos, em termos de *ESG*, que são exigidos dessas corporações no mercado internacional.

**Referências bibliográficas**

AMARAL JÚNIOR, A. do. Direitos humanos e comércio internacional: reflexões sobre a "cláusula social". **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 94, p. 295-314, 1999. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67444. Acesso em: 19 maio. 2021.

B3 - BRASIL, BOLSA BALCÃO. **Regulamento do Novo Mercado**. [*S. l.*], 3 out. 2017. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/listagem/. Acesso em: 19 maio 2021.

BARAKAT, Lívia Lopes et al. **Trajetórias de Internacionalização das Empresas Brasileiras**. Fundação Dom Cabral. 2018. Disponível em: https://www.fdc.org.br/conhecimento/publicacoes/relatorio-de-pesquisa-33712. Acesso em: 11 mai. 2021.

BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect**: How the European Union Rules the World. New York: Oxford University Press, 2020. 404 p.

BRASIL. Acordo de Associação Mercosul-União Europeia: Resumo Informativo elaborado pelo Governo Brasileiro. 4 jul. 2019. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf. Acesso em 19 mai. 2021.

BURKE, Jason; HAMMADI, Saad. Bangladesh textile factory fire leaves more than 100 dead. **The Guardian**, 25 nov. 2012. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2012/nov/25/bangladesh-textile-factory-fire. Acesso em: 19 mai. 2021.

CARRUTHERS, Bruce G.; LAMOREAUX, Naomi R. Regulatory Races: The Effects of Jurisdictional Competition on Regulatory Standards. **Journal of Economic Literature**, [s. l.], v. 54, n. 1, p. 52-97, 1 mar. 2016. Disponível em: https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jel.54.1.52. Acesso em: 19 maio 2021

EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A comentada: artigos 138 a 205**. vol. 3, 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

EUROPEAN COMMISSION. The external dimension of the single market review: Accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A single market for 21st century Europe. **Publications Office of the EU**, 20 nov. 2007. Disponível em: https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c69a4c0d-65fb-46a9-9c1d-a2dbea0faa8f/language-en. Acesso em: 19 maio 2021.

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS. Social *Dumping*. **Eurofound**, 19 mai. 2016.Disponível em: https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/social-*dumping*. Acesso em: 19 mai. 2021).

FALCÃO, Mariana. Mineração da Braskem faz Maceió afundar e põe mais famílias em risco. **Jornal Valor Econômico**, 5 mai. 2021. Disponível em: https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/05/05/mineracao-da-braskem-faz-maceio-afundar-e-poe-mais-familias-em-risco.ghtml. Acesso em 10 mai. 2021.

FARIAS, Michelle. Moradores de Bebedouro, Maceió, protestam para cobrar soluções dos problemas causados pela instabilidade do solo. **Portal G1**, 29 abr. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2021/04/29/moradores-de-bebedouro-maceio-protestam-para-cobrar-solucoes-aos-problemas-causados-pela-instabilidade-do-solo.ghtml. Acesso em 10 mai. 2021

FORTE, Rodrigo. **O discurso do *Dumping* Social no sistema comercial internacional**. 2019. 116f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra.

GHANG, Há-Joon. **Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: UNESP, 2004

GONZALEZ, Rodolfo Sapata; ROSSI, Raíssa Aparecida da Silveira; GONZALEZ, Bernardo Celso de Rezende. Estudo de caso de impactos econômico-financeiros oriundos de falhas em gerenciamento de segurança de processos. **Anais do XXIII Congresso Brasileiro de Economia**, 2019. Disponível em: http://corecon-sc.org.br/anais-cbe2019/arquivos/anais-cbe2019-4707.pdf. Acesso em: 10 mai. 2021.

JALE, Tosun; MAURICIO DE MORAES, Marcondes. Import Restrictions and Food-Safety Regulations: Insight from Brazil. **Latin American Policy**, v. 7, n. 2, p. 377-398, 2016.

JBS. **Relatório Anual e de Sustentabilidade JBS – 2019**, 28 mai. 2020. Disponível em: https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/043a77e1-0127-4502-bc5b-21427b991b22/d5b8a6f3-4201-495b-bad8-6e125b8f913e?origin=1. Acesso em: 19 mai. 2021

JEPPESEN, Helle. O que mudou na indústria têxtil de Bangladesh cinco anos após tragédia. **DW Brasil**, 24 abr. 2018. Disponível em: https://p.dw.com/p/2wYXo. Acesso em: 19 mai. 2021

KRISCH, Nico. The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods. **American Journal of International Law**, [s. l.], v. 108, ed. 1, 4 out. 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2335938. Acesso em: 19 maio 2021.

NATURA &CO. Relatório Anual 2020, 16 abr. 2021. Disponível em: https://ri.naturaeco.com/pt-br/publicacoes-e-documentos/relatorios/. Acesso em: 19 mai. 2021.

NUNES, Mauro Fracarolli. Cases Description: Case 5 – Foxconn. In: NUNES, Mauro Fracarolli. **The impact of negative social/environmental events on the market value of supply chain partners**. 2015. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas) - Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2015. p. 75-77. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/15045/Masters%20Dissertation.MFN-2016.Jan%20-%20v.final.protocolo2.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021

OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE. **Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada 7/1/20 Text**. 2020. Disponível em: https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/23%20Labor.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. De Havana a Doha: o sistema multilateral de comércio em perspectiva histórica. **Carta Internacional**, p. 48-58, jul. 2006. Disponível em: https://cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/392/153. Acesso em: 19 mai. 2021.

PARLAMENTO EUROPEU. **Regulamento 864, de 11 de julho de 2007**. Relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II). Jornal Oficial da União Europeia, [S. l.], 31 jul. 2007. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=en. Acesso em: 19 mai. 2021.

PARREIRAS, Mateus. Ação internacional dos atingidos de Mariana será reavaliada na Inglaterra. **Correio Braziliense**, 05 mai. 2021. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/05/4922451-acao-internacional-dos-atingidos-de-mariana-sera-reavaliada-na-inglaterra.html. Acesso em: 19 mai. 2021.

PAUWELYN, Joost; WESSEL, Ramses A.; WOUTERS, Jan. When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking. **European Journal of International Law**, [s. l.], v. 25, ed. 3, 31 out. 2014. DOI https://doi.org/10.1093/ejil/chu051. Disponível em: https://academic.oup.com/ejil/article/25/3/733/403543. Acesso em: 19 maio 2021.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos. [versão eletrônica]** Tradução: Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O crepúsculo do direito e o direito econômico global. In: ALEXANDRE EVARISTO, Pinto (org.). **A ordem econômica constitucional**. 1. ed. [S. l.]: Thomson Reuters Brasil, 2019. cap. 22, p. RB-22.1-RB-22.3. ISBN 978-85-5321-960-5. 1. ed. em E-book baseada na 1. ed. impressa.

SCOTT, Joanne. Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law. **American Journal of Comparative Law**, v. 62, n. 1, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2276433. Acesso em: 19 mai 2021.

THORSTENSEN, Vera. A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais. **Rev. bras. polít. int.**, Brasília , v. 41, n. 2, p. 29-58, Dec. 1998 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 Mai. 2021.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **Guiding Principles on Business and Human Rights**. Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework. [S. l.], 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION. **Doha Ministerial Declaration**. 20 nov. 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min96_e/wtodec_e.htm. Acesso em 19 mai. 2021.

_____. **Singapore Ministerial Declaration**. 18 dez. 1996. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min96_e/wtodec_e.htm. Acesso em 19 mai. 2021.

# PARTE 2 – TÓPICOS ESPECIAIS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA

# 9. UM ACC DO CADE PODE IMPOR A OBRIGAÇÃO DE UMA EMPRESA NÃO REQUERER MEDIDA DE DEFESA COMERCIAL? UMA ANÁLISE DO ACORDO DE INVESTIMENTO DA BRASKEM

## *9. CAN A CADE ACC IMPOSE A COMPANY'S OBLIGATION NOT TO REQUIRE A COMMERCIAL DEFENSE MEASURE? AN ANALYSIS OF BRASKEM'S INVESTMENT AGREEMENT*

Alana Demarqui Garcia

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. CASO BRASKEM: O REQUERIMENTO DA ABIPLAST. 2.1 A operação. 2.2 Requerimento da Abiplast. 3. COMO A LEGISLAÇÃO E A DOUTRINA CONCORRENCIAL ENTENDEM A COMPETÊNCIA DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA PARA LIMITAR O DIREITO DE PETIÇÃO EM CASOS DE INTERCONEXÃO COM A DEFESA COMERCIAL. 3.1 Competência Repressiva e Preventiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 3.1.1 A Competência do CADE Diante Controle de Estruturas. 3.1.2 A Competência do CADE diante do Controle de Condutas. 3.2 A Advocacia da Concorrência como Alternativa para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. 4. A JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E SUA COMPETÊNCIA EM FACE DE TEMAS DE DEFESA COMERCIAL. 4.1 Recomendações sobre importações e seu impacto na concorrência. 4.2 Manifestações do CADE Diante de Medidas de Defesa Comercial. 4.3 Reconhecimento da Competência/Incompetência do CADE Diante de Medidas de Defesa Comercial. 5. CONCLUSÃO

**RESUMO:** Este trabalho trata da competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para impor determinação de não se requerer medidas de defesa comercial como condição para aprovação de atos de concentração. Para o presente estudo inicialmente foi analisado o Ato de Concentração da Braskem e o requerimento da Abiplast para que se restringisse o direito de as requerentes solicitarem medidas de defesa comercial. Analisou-se como a doutrina brasileira tem tratado a competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Por fim, foi analisada a jurisprudência do CADE para se observar como tem se dado a assunção de competência deste órgão concorrencial

**ABSTRACT:** *This study analyses the competence of the Brazilian antitrust system to determine that, to get the approval of merger control, the parties must not require or support commercial defense measures. For this proposal, this study analyses the Braskem Merger Control case. Subsequently, it is presented the Brazilian antitrust authority*

*competency. Following, this study analyses the Brazilian Administrative Council for Economic Defense jurisprudence*.

## 1. Introdução

A defesa da concorrência e a defesa comercial se relacionam a partir do momento em que as medidas adotadas por uma podem produzir efeitos na outra, podendo contribuir ou influenciar de forma a inviabilizar a consecução e efetivação de políticas. Contudo, apesar da interconexão existente entre ambas não há como não se considerar a diferença de objeto e análise atinente a cada uma das áreas. [1]

A defesa da concorrência tem seu olhar direcionado para o mercado e para a concorrência, não se atendo ao competidor em si, mas em garantir que a perpetuação da competição saudável no mercado e a eficiência econômica. Por outro lado, a defesa comercial se foca na proteção dos interesses da indústria nacional frente a players internacionais, ou seja, seu enfoque e proteção está nos competidores. [2]

Outro ponto que gera distinção entre a defesa comercial e a defesa concorrencial é a metodologia de análise utilizada para se verificar se a indústria nacional ou a concorrência, respectivamente, foram afetados e necessitam de intervenção. Isso ocorre, porque enquanto o foco da defesa comercial está na indústria nacional como um todo, a defesa concorrencial considera o mercado relevante afetado, possuindo uma análise mais restritiva. [3]

Se observa que ambas as áreas se relacionam porque tratam de objetos semelhantes, ao mesmo tempo em analisam tais objetos a partir de premissas, proteções e focos distintos. Assim, devendo ser garantida a independência e coexistência da defesa comercial e da defesa concorrencial para que seus objetivos sejam efetivados.

Considerando-se a patente interconexão e relevância existente entre a defesa concorrencial e a defesa comercial não apresenta estranheza que ao analisar atos de

---

[1] DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência e Comércio Internacional: reflexões sobre as duas faces da mesma moeda. In. O Direito Brasileiro em Evolução. São Paulo: Almedina, 2017. p. 406

[2] *Idem*, p. 397 e 398

[3] *Idem* p. 399 a 406

concentração e infrações à concorrência o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), em alguns casos, tenha de considerar como medidas de defesa comercial podem impactar a concorrência.

Os possíveis impactos para a concorrência poderiam levar ao entendimento de que a competência para determinar a obrigação de uma empresa não requerer medida de defesa comercial estaria deslocada para o CADE, considerando este, o órgão competente para definir sobre a possibilidade de adoção ou até requerimento de medidas que possam afetar o mercado relevante. Contudo, surge o questionamento se teria o CADE informações suficientes, competência e especialidade para decidir sobre o requerimento de futuras medidas de defesa comercial e até se caso se entendesse ser possível a atribuição de tal competência para a defesa concorrencial se ele seria o órgão adequado dentro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A controvérsia sobre a possibilidade de o CADE impor em ACC a obrigação de não se requerer medida de defesa comercial, como requerido pela Abiplast – Associação Brasileira da Indústria do Plástico – no caso que será estudado surge da patente interconexão existente entre a defesa da concorrência e proteção do mercado e a defesa comercial. Isso porque, apesar de a determinação requerida versar especificamente sobre a possibilidade de os requerentes recorrerem à jurisdição de defesa comercial para se proteger de atos nocivos de empresas estrangeiras, o pano de fundo é a garantia da perpetuação de uma concorrência saudável no mercado de resinas termoplásticas.

Assim, considerando-se que medidas de defesa comercial futuras poderiam afetar a concorrência no mercado relevante, ou até mesmo alterar a definição de mercado como adotado no caso em análise se faz necessário analisar o escopo e o limite de atuação da defesa da concorrência frente a medidas de defesa comercial que possam afetar negativamente o mercado relevante em questão.

Neste sentido, para que se possa analisar se o CADE poderia à luz da Lei 12.529/2011 declarar-se competente para impor dentre as condições para aprovação de Atos de Concentração a condição de se abster de requerer medidas de defesa comercial, é necessário que se analise como a doutrina e a jurisprudência do próprio CADE entendem o escopo e os limites de atuação do CADE.

Buscando compreender melhor os limites de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica frente às medidas de defesa comercial, este estudo busca analisar sob a ótica da Lei 12.529/2011 se no caso Braskem estaria dentro das competências do órgão concorrencial determinar a condição de não se requerer medidas de defesa comercial como condição para a aprovação de ato de concentração.

Para tanto, o presente trabalho será divido em três capítulos. Inicialmente será apresentado o Caso Braskem e sua interconexão com medidas de defesa comercial. No capítulo seguinte será analisado o posicionamento da doutrina concorrencial sobre a competência do CADE frente à medidas de defesa comercial e alternativas de atuação dentro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. No capítulo seguinte será analisada competência do CADE para se manifestar sobre políticas e medidas de defesa comercial a partir de sua própria jurisprudência. Por fim, serão apresentadas as considerações finais.

## 2. Caso Braskem: o requerimento da Abiplast

O presente capítulo busca analisar o Ato de Concentração da Braskem que buscou a aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para Acordo de Investimento no mercado de Internacional de Resinas Termoplásticas. A presente analise se foca na solicitação da Abiplast de se impor condição que limitaria o acesso dos requerentes a medidas de defesa comercial.

No item 2.1 será apresentado o ato de concentração, suas estruturas e o mercado em que está inserido. No item 2.2 será abordado o tratamento dado pelo Conselheiro Relator ao requerimento de se determinar a restrição de as requerentes solicitarem ou apoiarem medidas de defesa comercial.

### 2.1. A Operação

O Ato de Concentração trata de Acordo de Investimento celebrado entre a BRASKEM S.A., Petróleo Brasileiro S.A., Petrobras Química S.A. e a Quattor Participações S.A. visando a

> "consolidação das participações petroquímicas direta e/ou indiretamente detidas pela Odebrecht e pela Petrobras/Petroquisa Braskem, combinada com o aumento de capital da Braskem e posterior integração de suas atividades. Subsequentemente, a operação prevê a aquisição, pela Braskem, da totalidade das participações societárias da Unipar detidas (i) na Quattor, correspondente a 60% do capital total e votante; (ii) na Unipar Comercial e Distribuidora S.A. (Unipar Comercial), correspondente a 100% do capital votante e total; e (iii) na Polibutenos S.A. Indústria Química (Polibutenos), correspondente a 33,33% do capital votante e total."

A operação ocorreu seguindo sete etapas, que assim se dividem, da seguinte forma: (i) formação de uma holding que detinha a totalidade das ações ordinárias de emissão da Braskem que à época eram detidas pela Odebrecht e pela Petrobras/Petroquisa; (ii) aportes de pesquisa na holding a serem realizados pela Odebrecht e pela Petrobras/Petroquisa em dinheiro; (iii) aumento de capital da Braskem realizado por subscrição privada de por seus acionistas; (iv) aquisição pela Braskem das ações da Quattor pela Petrobras/Petroquímica detidas pela Unipar, correspondendo a 60% do capital total; (v) incorporação das ações da Quattor detidas pela Petrobras/Petroquímica pela Braskem; (vi) aquisição pela Braskem de 100% das ações da Unipar Comercial e de 33,33% das ações da Polibutenos; e (vii) Oferta pública de controle da empresa controladora da Quattor.

A operação foi realizada no ano de 2010 e analisada e aprovada com restrições, conforme voto do então Conselheiro Vinícius de Carvalho em fevereiro de 2011. Portanto tal operação foi analisada sob os parâmetros da Lei 8.884/1994, estando sujeita ao procedimento de notificação posterior que apenas foi alterado com a Lei no ano subsequente à sua aprovação.

Em análise e definição do mercado relevante, e especial quanto ao seu âmbito geográfico, o Conselheiro concluiu pela definição deste como internacional em razão da existência de integração entre os preços nacionais e internacionais internados, de indícios

de que a variância nos preços domésticos possa ser explicada, em grande parte, pela variância em preços internacionais e que o teste da perda crítica não apresenta fortes indícios que contrários a tal definição.

O voto condutor da aprovação da referida operação ao analisar o mercado relevante, em especial sua definição geográfica e análise concorrencial, apresentou alguns pontos de grande relevância sobre a interação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica com temas de defesa comercial.

## 2.2. Requerimento da Abiplast

A partir da definição do mercado como internacional, o Conselheiro Relator passou a analisar a concentração de mercado e a possibilidade de abuso de poder de mercado. Neste ponto merece destaque as alegações apresentadas pela Abiplast com fundamento em políticas de defesa comercial e sua interação com o mercado relevante. Alegou a Abiplast existir em tal mercado direitos *antidumping* e acordos comerciais com empresas estrangeiras que podem aumentar após a aprovação da operação, o que poderia impactar não apenas a concentração do mercado, mas também, a própria definição geográfica como mercado internacional.

Diante das alegações da Abiplast o Conselheiro Relator passou a analisar a interconexão entre o direito *antidumping* e o direito concorrencial, especificamente sobre a possibilidade de medidas *antidumping* impactarem diretamente no mercado relevante objeto do presente Acordo de Investimento.

Inicialmente é considerado o ponto principal de interseção entre a política concorrencial e a política de liberalização comercial como sendo a busca pela liberalização de barreiras concorrenciais, mesmo que por caminhos diferentes. A política concorrencial se voltando para a proteção do processo competitivo e a política de liberalização comercial para a facilitação de acesso a mercados. Posteriormente, é considerado que em não havendo práticas colusivas, indícios de sham litigation ou abusos correlatos não seria possível a punição de empresas em razão de decisão do Estado de conceder medida de defesa comercial.

Após a análise, foi concluído que os riscos de impactos consideráveis a partir de medidas de defesa comercial para o mercado de resinas termoplásticas eram extremamente reduzidos, isso porque trata-se de um mercado internacional e porque a maioria das resinas não está sujeita a medidas de defesa comercial.

Conforme as alegações da Abiplast, o setor petroquímico é *"*caracterizado pelo conceito de *dumping* estrutural*"* e considera que existe um risco de a imposição de medidas de defesa comercial futuras alterarem drasticamente a definição de mercado relevante, produzindo situação em que a razão pela qual o Tribunal autorizou a operação seja, também, modificado. Em razão de tal preocupação a Abiplast solicitou que o CADE determine à Braskem que esta se abstenha de solicitar e/ou apoiar a abertura de novas medidas de defesa comercial no futuro, no setor de resina termoplástica.

O conselheiro relator, no entanto, apresenta dúvidas sobre a possibilidade de imposição de tal determinação sem informações suficientes, assim como dos impactos que podem ser produzidos na indústria nacional. Assim foi asseverado em seu voto:

> "Deste modo, compreendo que não cabe ao CADE, sem ter maiores informações a respeito do real impacto destes pedidos (em especial a respeito do que futuros pedidos podem representar na definição do mercado relevante), que se faça qualquer pronunciamento a respeito, que não seja o de advocacia da concorrência, para que a CAMEX passe a olhar mais atentamente os impactos dos preços neste setor."

Diante de tal determinação alguns questionamentos se tornam de extrema relevância. Seria o CADE competente para decidir sobre a restrição à existência de medidas de defesa comercial? Qual seria o limite da atuação do CADE em casos em que há interconexão com temas de defesa comercial?

## 3. Como a legislação e a doutrina concorrencual entendem a competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para limitar o direito de petição em casos de interconexão com a defesa comercial

O presente capítulo objetiva estudar as competências do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para se compreender quais os limites de sua atuação quando os órgãos de defesa da concorrência devem enfrentar temas de defesa comercial que podem impactar a concorrência. Para tanto será feita a subdivisão, analisando-se primeiramente as competências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e posteriormente as competências da SEAE.

A Lei 8.884/94 alterou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência criando duas secretárias responsáveis pela investigação dos ilícitos antitruste, a SDE/MJ e a SEAE/MF. Estabeleceu, também, o CADE como autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com gozo de autonomia decisória.

Em 2011 foi promulgada a Lei 12.529/11, atualmente em vigor, e que foi responsável pela criação do novo CADE em sua estrutura atual e pela simplificação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com a fusão dos órgãos de investigação e decisão no novo CADE.

Conforme Silveira[4], a Lei 12.529/11 trouxe uma nova estrutura para o SBDC e, consequentemente para o CADE, a partir do qual a Superintendência Geral se apresentou como órgão competente para a instrução de atos de concentração e investigação de condutas anticompetitiva e o Tribunal do CADE passou a exercer "função judicante" de esfera administrativa única. Tal sistema é complementado pela SEAE, que hoje possui a denominação de Secretária de Produtividade e Advocacia da Concorrência, trabalhando em prol da promoção da concorrência.

As alterações legislativas e a nova estrutura trazida ao SBDC alteraram a distribuição de competência entre os órgãos dele integrantes, como é o caso da Superintendência Geral que absorveu as competências de investigação de condutas

[4] SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530991975. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991975/. Acesso em: 05 Jun 2021

anticoncorrenciais e de instrução e análise de atos de concentração que antes pertenciam à SEAE/MF e SDE/MJ. A SEAE, por sua vez, foi mantida na estrutura do SBDC, mas atuando como órgão especializado em advocacia da concorrência.[5]

O que se observa assim é que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atualmente se apresenta de forma a ter sua estrutura dividida entre o CADE e SEAE, possuindo o primeiro poder coercitivo no exercício de suas funções preventiva e repressiva e o segundo atuando buscando a promoção e fomento da concorrência, o que inclui, inclusive, sua atuação por meio de estudos e recomendações legislativos ou à outros órgãos da administração pública.

## 3.1. Competências repressiva e preventiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

### 3.1.1. A competência do CADE no controle de estruturas

A Lei 12.529/2011 estabeleceu em seu artigo 31 que

> "esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal."

Assim, o que pode ser observado é que qualquer pessoa que possa influenciar a concorrência estaria sujeita às determinações de referida lei. O que se observa é que apesar de o CADE se manifestar de forma a não incluir dentro do escopo de sua competência a atuação de órgão públicos quando no exercício de suas funções típicas tal

[5] PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Col. Direito Econômico - Direito Concorrencial**, 1ª edição.. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502620070. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/. Acesso em: 06 Jun 2021

restrição não foi estabelecida pela legislação que regulamentou a reestruturação do CADE e suas competências.

Em análise ao objeto da competência do CADE não se obtém uma resposta de forma única e direta a partir da legislação. Isso porque, conforme se extraí da legislação as competências do CADE se apresentam de modo coercitivo e estão divididos entre sua atuação preventiva que se ocupa na análise de concentrações e de sua atuação repressiva que se ocupa da análise de condutas.

Ao tratar da competência preventiva do CADE, a Lei 12.529/2011 dispõe em seu artigo 88, que devem ser submetidos ao CADE para análise anterior à efetivação dos atos de concentração em que:

> "I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)."

Ademais, alterações em quadro acionário de companhia aberta também estão sujeitas ao controle preventivo do CADE.[6] Ressalta-se que tais valores foram alterados

[6] BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). § 1o Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. § 2o O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. § 3o Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do

para R$750.000.000,00 e R$75.000.000,00, respectivamente, pela Portaria Interministerial dos Ministros da Justiça e da Fazenda.

Tal disciplina dada aos atos de concentração sofreu grande alteração se levadas em consideração a Lei 8.884/1994 e a Lei 12.529/2011. Como expôs Pereira Neto[7] a legislação anterior estabelecia a análise dos atos de concentração posteriormente à sua consumação, a nova legislação de defesa da concorrência, no entanto, deslocou a competência do CADE para antes da consumação da operação, nos casos em que sua notificação é obrigatória. Assim, ficou estabelecida que a consumação das operações estaria sujeita ao exercício da competência preventiva do CADE de analisar como ela pode impactar o mercado.

Conforme Silveira[8], a mudança legislativa que a partir de maio de 2012 estabeleceu o sistema de notificação prévia de atos de concentração impactou fortemente a atuação do CADE e sua competência. Isso porque, a nova regra de análise impõe ao CADE a necessidade celeridade em sua análise já que os atos de concentração que se enquadram na citada regra de notificação prévia apenas podem ser consumados após a conclusão de sua análise.

Ainda dentro da análise de concentrações pelo CADE e observa que a lei estabeleceu em seu art. 88, §7º[9] que o órgão concorrencial é competente para determinar

---

procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei. § 8o As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 105 Jun 2021

[7] PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Col. Direito Econômico - Direito Concorrencial**, 1ª edição.. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502620070. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/. Acesso em: 06 Jun 2021

[8] SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530991975. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991975/. Acesso em: 05 Jun 2021

[9] BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: § 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo

a submissão de qualquer ato de concentração até um ano após sua consumação, mesmo que este não cumpra os critérios de submissão prévia.

Como afirma Frazão,

> "o foco do controle de estruturas são as formas de crescimento externo ou "artificial" do poder empresarial, que alteram as estruturas do mercado, na medida em que envolvem a união de esforços ou recursos de pelo menos dois agentes econômicos distintos que, de alguma maneira, tornar-se-ão uma unidade para efeitos econômicos." [10]

Ao exercer tal competência o CADE possui três opções distintas para o julgamento dos atos de concentração que foram apresentados para sua análise, tais atos podem ser aprovados, aprovados com restrição, quando são determinados remédios estruturais ou comportamentais como condição de sua aprovação ou reprovados, quando todas as medidas preparatórias para a realização da operação devem ser desfeitas.

Conforme Pereira Neto[11], as medidas estruturais costumam estar focadas no desinvestimento e as medidas comportamentais são utilizadas de forma a controlar as ações a empresa resultante do ato de concentração com o objetivo de mitigar possíveis danos concorrenciais e, conforme Silveira[12], "se referem a obrigações de fazer ou não fazer, como a proibição de discriminar concorrentes."

---

[10] FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**, 1ª edição.. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. 9788547219611. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219611/. Acesso em: 06 Jun 2021

[11] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

[12] SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530991975. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991975/. Acesso em: 05 Jun 2021

Como alternativa negocial para os remédios Frazão[13] apresenta os Acordos de Controle de Concentração (ACC). Tais mecanismos podem ser utilizados para que o CADE e as requerentes de referido ato de negociação negociem condicionantes à operação. Segundo a autora, a importância de tal mecanismo reside no fato de a partir dele ser possível o estabelecimento de remédios que não poderiam ter sido determinados unilateralmente pelo CADE, se tornando muito relevante, em especial, quando se analisa a imposição de remédios comportamentais.

Neste sentido, tem-se o entendimento de Paula Forgioni:

> "As vantagens de ambas as partes são evidentes: o administrado obtém a aprovação do ato, embora com limitações; a Administração aprova-o, segura de que as eficiências alegadas serão alcançadas". [14]

Afirma Marrara[15] que é necessário que o caminho seja aberto para que sejam garantidos os princípios da moralidade e da razoabilidade às requerentes que detém direito ao diálogo com a Administração Pública. Destaca-se que ao realizar as negociações para celebração de ACC o CADE não possui discricionariedade para a negociação, todavia, isso não quer dizer que a discricionariedade da Administração Pública pode ser afastada em relação à sua celebração.

Em considerações sobre a utilização pelo CADE de remédios comportamentais Frazão[16] afirma que existe consenso entre doutrina e jurisprudência no sentido de que a adoção de tais medidas é problemática. Isso ocorre porque a adoção de tais medidas e a garantia de sua eficácia demanda monitoramento constante por parte do

---

[13] FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**, 1ª edição.. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. 9788547219611. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219611/. Acesso em: 05 Jun 2021

[14] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 p.427.

[15] MARRARA, Thiago. **Acordos no Direito da Concorrência**. 8. Vol. Brasília: RDC n.º 2 p. 78-103

[16] FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**, 1ª edição.. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. 9788547219611. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219611/. Acesso em: 05 Jun 2021

órgão antitruste. Os remédios estruturais, por outro lado, podem criar novos concorrentes ou fortalecer outros, gerando incentivo para a atuação competitiva das empresas.

Assim, o que se extrai da doutrina e legislação concorrencial é que compete ao CADE analisar como atos de concentração impactarão o mercado, analisando se estes podem limitar ou restringir a concorrência. A referida análise deve anteceder a consumação das operações e pode chegar determinar a aprovação, aprovação com restrições ou reprovação das operações. Ainda, compete ao CADE aplicar remédios que permitam a mitigação de danos à concorrência, os quais podem ser impostos unilateralmente pelo CADE ou podem ser objeto de negociações entre as partes por meio de Acordos de Controle de Concentração.

### 3.1.2. A Competência do CADE diante do Controle de Condutas

A competência do CADE para agir no controle de condutas pode ser extraída do Art. 173, §4º da Constituição Federal que estabeleceu a repressão aos abusos de poder econômico e do artigo 36 §3º da Lei 12.529/2011[17] que trouxe rol exemplificativo de

[17] BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Art. 36, §3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado

quais condutas são consideradas infrações à ordem econômica e, portanto, estão sujeitas à jurisdição do CADE.

Portanto, o que se entende, *a priori*, é que a competência do CADE abrange as condutas que possam limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar o mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros, ou abusar de posição dominante.

Conforme Silveira[18], o controle de condutas se apresenta a partir da repressão às infrações à ordem econômica. Nesta competência o CADE exerce seu poder de polícia, a partir do Direito Administrativo Sancionador, a diferenciação que se faz com os demais ramos do direito administrativo sancionador é o fato de as condutas passíveis de análise e condenação pelo CADE não serem elencadas de modo taxativo, mas sim exemplificativo.

Como afirma Pereira Neto[19], a alteração da legislação concorrencial não representou grande impacto quando se analisa a competência repressiva do CADE, sendo as condutas elencadas na Lei 8.884/1994 muito semelhantes às condutas anticoncorrenciais elencadas na Lei 12.529/2011.

Tais condutas são usualmente divididas entre práticas coordenadas entre empresas e condutas unilaterais e não se encontram restritas àquelas listadas no Art. 36

em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 05 Jun 2021

[18] SILVEIRA, Paulo Burnier da**. Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530991975. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991975/. Acesso em: 05 Jun 2021

[19] PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Col. Direito Econômico - Direito Concorrencial**, 1ª edição.. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502620070. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/. Acesso em: 06 Jun 2021

§3º, devendo ser considerada a disposição do caput de referido artigo que trata dos efeitos que quando são o objeto ou podem ser produzidos permitem o entendimento de que se enquadram como infrações à ordem econômica e, por consequência, sua análise estaria dentro das competências do CADE.

Desta forma, o que se nota é que o CADE em exercício de seu poder repressivo de controle de condutas é competente para analisar, processar e decidir sobre aquelas condutas explicitamente elencadas na legislação concorrencial, assim como em toda e qualquer conduta não listada, mas que tenha como objetivo produzir efeito negativo para a concorrência, tenha produzido ou possa produzir referidos efeitos.

A partir da análise da doutrina concorrencial pôde se constatar que a competência do CADE está dividida em duas frentes diferentes de atuação, a preventiva e a repressiva. A competência preventiva trata especificamente do controle de estruturas com o objetivo de evitar que o crescimento de uma empresa por meio de fusões e aquisições permita que ela exerça o poder mercado e atente contra a competição saudável. A competência repressiva trata investigação de ilícitos anticoncorrenciais já praticados.

Portanto, em se tratando da competência do CADE para determinar a abstenção de requerer ou apoiar medidas de defesa comercial deve se considerar a possibilidade de se enquadrar tal determinação entre suas competências preventiva e repressiva.

Conforme se extrai do caso em análise a determinação de não requerer ou apoiar medidas de defesa comercial surge em face do controle preventivo de condutas do CADE. Ao analisar a concentração que se produz no mercado o órgão concorrencial está a analisar a composição do mercado naquele momento e as alterações advindas da aprovação, mas não alterações na composição do mercado que podem ou não ser determinadas ou requeridas em momentos futuros.

Ressalta-se que não há como se falar em futuras infrações concorrenciais, isso porque a mera solicitação de medidas de defesa comercial não configura a prática de atos passíveis de condenação pelo Tribunal do CADE. Isso ocorre porque como se trata de um controle repressivo seria necessária a efetiva prática de ilícito concorrencial, e não apenas

a possibilidade de o exercício do direito de petição em órgãos de defesa comercial produzir efeitos anticoncorrenciais.[20]

### 3.2. A advocacia da concorrência como opção para o sistema brasileiro de defesa da concorrência

Além dos controles preventivos e repressivos dotados de *enforcement*, o direito da concorrência também possui um viés não coercitivo, a advocacia da concorrência. Trata-se de mecanismo institucional de promoção da concorrência que se dá a partir da interação com atores públicos e privados.[21]

A advocacia da concorrência pode ser definida como

> "qualquer ação de promoção de concorrência que não esteja relacionada às ações de enforcement típicas das autoridades antitruste, ou seja, ao controle de estruturas e ao controle de condutas" [22]

Segundo Jordão[23], a advocacia da concorrência se refere às ações das entidades de defesa da concorrência que objetivam difundir a "filosofia concorrencial" e pode ocorrer a partir de correspondências, divulgação de estudos, pronunciamentos, participação no processo decisório de agências reguladoras ou intervenção como amicus curiae. O objetivo buscado se divide em duas esferas distintas, a difusão da competição

[20] MACEDO DE JESUS, Agnes. The four practical interactions between competition policy and trade defense: an empirical analysis of the Brazilian competition authority jurisprudence . In ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo e BURNIER, Paulo (Orgs). Comércio Internacional e Concorrência Desafios e Perspectivas Atuais, Volume I, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3qVBroI

[21] SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530991975. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991975/. Acesso em: 05 Jun 2021

[22] RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Análise econômica da regulação: o papel da advocacia da concorrência**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. jan. 2007. P. 2.

[23] JORDÃO, Eduardo Ferreira . A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 24, p. 127-154, 2009.

na sociedade e a influência em órgãos governamentais para que ajam de forma a não tomar medidas lesivas à concorrência.

Neste sentido, referido autor considera que. a atuação em face da advocacia da concorrência não depende de expressa atribuição de competência pelo legislador, pois decorrem do exercício de "poder de autoridade". Todavia, quando a advocacia da concorrência é exercida a partir de competência legalmente atribuída se garante a sua realização.

A Lei 12.529/2011, ao estabelecer a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência estabeleceu competências não imbuídas de enforcement para o CADE e a SEAE com o objetivo de promover e fomentar a concorrência em situações em que a autoridade concorrencial enfrenta dificuldades naturais para supervisionar o mercado dada a grande complexidade para do controle de estruturas e condutas exercido a partir do enforcement do CADE. [24]

Conforme Pereira Neto[25], com a reestruturação do SBDC a partir da Lei 12.529/2011 a SEAE passou a ser o órgão especializado em advocacia da concorrência, sua função a partir da alteração legislativa passou a englobar a avaliação dos impactos concorrenciais de normas oriundas de órgãos reguladores e de medidas de defesa comercial. Assim, o que se observa é que os órgãos públicos, no exercício de suas funções tipicamente governamentais não estão sujeitos ao controle repressivo e preventivo do CADE, podendo este agir, apenas, a partir da atuação em sede de advocacia da concorrência.

Como leciona Silveira[26], dado o seu poder de enforcement, o CADE parece estar em posição privilegiada, em especial, na relação com entes privados que em

[24] Frazão, Ana. **Direito da concorrência**, 1ª edição.. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. 9788547219611. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219611/. Acesso em: 05 Jun 2021

[25] PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Col. Direito Econômico** - Direito Concorrencial, 1ª edição.. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502620070. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/. Acesso em: 06 Jun 2021

[26] SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530991975. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991975/. Acesso em: 05 Jun 2021

determinados casos utilizam-se do mecanismo da consulta para questionar sobre a legalidade de condutas, de guias e de resoluções normativas com o objetivo de ampliar a previsibilidade sobre as decisões do órgão concorrencial em casos futuros que englobem suas funções repressiva e preventiva.

De forma clara, referida Lei estabelece que: "[c]ompete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade". Portanto, se observa que, o legislador, ao reorganizar as competências dos órgãos componentes do SBDC de forma a atribuir à SEAE função opinativa e consultiva para que esta possa ao intervir perante órgãos do governo e perante a sociedade promover um ambiente concorrencial saudável.

Tais competências, não são as únicas a serem exercidas a partir da Advocacia da Concorrência, sendo atribuída por referida lei competência ao CADE de responder a consultas, elaborar guias e estudos de mercado e editar a Revista de Defesa da Concorrência. Caracteriza-se, portanto, a Advocacia da Concorrência como viés consultivo e como uma alternativa para que o CADE busque outras formas de atingir suas finalidades que não dependam diretamente de seu enforcement.[27]

No Brasil são utilizados três institutos para a consecução dos objetivos da advocacia da concorrência, as consultas, os guias e estudos de mercado e a Revista de Defesa da Concorrência editada pelo CADE.

A Consulta é instrumento por meio do qual pode ser solicitado os posicionamentos da autoridade da concorrência sobre a licitude de condutas, a interpretação de normas e a obrigatoriedade de notificação de determinado ato ou contrato. Tal instrumento permite uma maior segurança jurídica aos atores econômicos que buscam compreender quais os limites de sua atuação para que não ensejem a atuação coercitiva do órgão antitruste.

Os guias e estudos de mercado auxiliam na promoção das regras e cultura da concorrência. Tais estudos costumam ser elaborados pela SEAE e pelo Departamento de

[27] Frazão, Ana . **Direito da concorrência**, 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. 9788547219611. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219611/. Acesso em: 05 Jun 2021

Estudos Econômicos do CADE e, além de atuarem no fomento da concorrência contribuem para o debate de políticas públicas aplicadas à concorrência. A Revista de Defesa da Concorrência não representa uma produção interna dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mas sim um espaço acadêmico para a promoção das ideias de terceiros.

Diante do exposto, o que se observa é que a advocacia da concorrência, de forma diversa das competências dotadas de enforcement e anteriormente analisadas, está relacionada com os diálogos de interconexão em mercados regulados. Portanto, órgãos públicos no exercício de suas funções típicas não estão sujeitos a controle preventivo ou repressivo do CADE, mas sim à atuação dos órgãos concorrenciais relativas à advocacia da concorrência.

Desta forma, foi possível constatar que quando a defesa da concorrência enfrenta casos em que há interconexão com a defesa comercial, a atuação consultiva a partir da advocacia da concorrência exercida pela SEAE possui o condão de fomentar e proteger a concorrência sem que seja necessário o alargamento do escopo da atuação coercitiva do CADE.

Portanto, o requerimento da Abiplast poderia ser melhor endereçado a partir do viés da advocacia da concorrência e não em face de ações imbuídas de *enforcement*, como é o caso do controle de estruturas que se busca analisar com o presente estudo.

## 4. A jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica e sua competência em face de temas de defesa comercial

O presente capítulo busca analisar como a jurisprudência do CADE se posiciona sobre sua competência em face de medidas de defesa comercial e qual tem sido o limite de sua atuação. Para a presente análise foram buscados no portal SEI/CADE e jurisprudência do CADE processos que se remetessem ou se referissem a institutos e órgãos de defesa comercial, sendo utilizados para a pesquisa os termos “SECEX”, “CAMEX”, “MDIC”, “defesa comercial” e “*dumping*”.

A partir da pesquisa foram encontrados 27 processos[28] em que foi estabelecido pelo CADE os limites de sua competência ou tal limite pôde ser extraído das determinações exaradas. Dentre os processos analisados 20 foram julgados segundo a Lei 8.889/1994 e 7 segundo a Lei 12.529/2011. Foram encontrados 6 Processos Administrativos, 13 Atos de Concentração e 1 Requerimento decididos sob a vigência da lei antiga e 3 Processos Administrativos, 3 Atos de Concentração e 1 Consulta decididos a partir da lei atualmente em vigência. [29]

A partir da análise dos processos em que foi estabelecida a competência do CADE ou esta pôde ser extraída dos pronunciamentos foi possível dividir-se tais processos em 3 temas, os quais sejam: recomendações sobre importações e seu impacto na concorrência (item 4.1.); manifestações sobre medidas de defesa comercial que impactam a concorrência (item 4.2.); e reconhecimento de competência/incompetência do CADE diante de medidas de defesa comercial (item 4.3.).

### 4.1. Recomendações sobre importações e seu impacto na concorrência

Foram encontrados 14 Atos de Concentração, dos quais 13 foram decididos a partir da Lei 8.889/1994 e 1 foi decidido a partir da Lei 12.529/2011 e 1 Processo Administrativo decidido a partir da Lei 8.889/1994 em que foi possível extrair os limites de competência e atuação do CADE diante de situação em que a redução ou eliminação de taxas de importação poderiam contribuir para o fomento e manutenção da concorrência.

Ao decidir o Ato de Concentração n.º 08012.000207/2002-27 o Conselheiro Ronaldo Porto Machado Júnior acolheu as recomendações realizadas pela SEAE, nas quais foi possível observar que a fixação de taxas de importação é de competência dos órgãos de defesa comercial e não do CADE, mesmo que esta possa impactar na concorrência em determinado mercado. No caso em questão foi consignado que em razão de existir apenas um ofertante nacional e um mercado internacional oligopolizado a

[28] Para os propósitos do presente artigo, o caso ora estudado não se encontra entre os processos considerados para a análise de jurisprudência

[29] Conforme Anexo 1.

redução da taxa de importação pode melhorar as condições de competição no mercado. Reconhecendo a incompetência do CADE para decidir sobre taxas de importação, o Conselheiro relator determinou o envio da decisão para a CAMEX.

Em análise de três Atos de Concentração no mercado de fertilizantes de fosfato[30], o Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade constatou o relevante impacto das importações na análise do poder de mercado e considerou relevante o envio de sugestão ao MDIC para que as alíquotas de importações de fertilizantes de fosfato fossem reduzidas a zero.

No Processo Administrativo 08012.004086/2000-21 foi analisada a existência de cartel no mercado de aços longos e, embora não tenha sido encontradas evidências suficientes para uma condenação pela conduta colusiva, se observou que em razão da estrutura do mercado em questão seria benéfica à concorrência a manutenção de tarifas baixas de importação e a adoção da norma técnica internacional, o que foi informado ao MDIC.

O Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan , em seu voto no Ato de Concentração 08012.001885/2007-11reconheceu a importância da interconexão do direito da concorrência com medidas de defesa comercial e a capacidade destas de impactar e, inclusive, fomentar a concorrência em situações em que o CADE se mostra incompetente para agir. Diante disso, foi determinado o encaminhamento de pedido a CAMEX para que analisasse a possibilidade de diminuição de tarifa externa comum ou até a inclusão em lista de exceção de referida tarifa. Como pode ser observado:

> "A autoridade antitruste brasileira não possui instrumentos estruturais para inibir o poder de mercado resultante da alta concentração nas importações de CFM. O mercado de CFM continua com alto índice de concentração, pois apenas a OC oferece tal produto por meio de importações

[30] Ato de Concentração n° 08012.000497/2000-01. Conselheiro Relator: Thompson Almeida Andrade. Julgamento: 04 de fevereiro de 2004; Ato de Concentração n° 08012.004904/2000-97. Conselheiro Relator: Thompson Almeida Andrade. Julgamento: 04 de fevereiro de 2004; Ato de Concentração n° 08012.007454/2000-49. Conselheiro Relator: Thompson Almeida Andrade. Julgamento: 04 de fevereiro 2004.

> intra-grupo, que podem gozar de benefícios de natureza fiscal, além de poderem ser distribuídas por meio de rede consolidada da Owens Corning."[31]

No Ato de Concentração 08012.009843/2005-67 se constatou sugestão da SEAE para que se realizasse a redução de tarifa de exportação, a qual foi questionada pela Procade sob o argumento de que seria o CADE incompetente para a adoção de referida política, sendo a CAMEX o órgão responsável para decidir sobre tarifas de importação. A decisão do tribunal neste caso seguiu a recomendação da SEAE, reconhecendo o importante papel do CADE de fomentar a concorrência e sua competência para tomar medidas que promovam a concorrência. A determinação adotada no caso, no entanto, não extrapolou os limites de atuação do CADE, tendo o órgão concorrencial determinado a expedição de ofício à CAMEX sugerindo que esta promova a alteração tarifaria e permita o fomento da concorrência.

No mesmo sentido, tem-se o posicionamento da SDE no Ato de Concentração 08012.001637/2007-71 que assim considerou:

> "Desta feita, não obstante considerar-se que este não é o foro adequado para se decidir pela redução de alíquotas, sugere-se ao CADE solicitar à Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), do Ministério de Indústria e Comércio Exterior (MDIC), a análise da redução da tarifa externa comum incidente sobre as chapas de alumínio. Vale sublinhar que tal recomendação não se trata de sugestão de imposição de quaisquer restrições à operação, mas, apenas, o exercício da advocacia da concorrência por esta Secretaria"[32]

Em julgamento aos Atos de Concentração 08012.010195/2004-19 e 08012.010192/2004-77 o Tribunal do CADE decidiu enviar ofício à CAMEX e à SEAE

[31] Ato de Concentração 08012.001885/2007-11. Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan. Julgamento: 13 de março de 2007

[32] Ato de Concentração n° 08012.001637/2007-71. Conselheiro Relator: Paulo Furquim de Azevedo. Julgamento: 08 de agosto de 2007.

sugerindo o exame da possibilidade de o Brasil nos foros competentes do Mercosul, buscando a diminuição da Tarifa Externa Comum de chapas de ligas de alumínio.

A SEAE ao se manifestar no Ato de Concentração 08012.004385/2006-51 considerou que a redução de tarifa de importação de 12% para 0% poderia ser utilizada com um viés disciplinador e propiciar a preservação de equilíbrio concorrencial em mercado em que uma das empresas goza de condição monopolista. Desta forma, foi sugerida a realização de estudo sobre a viabilidade de alíquota de importação.

No Ato de Concentração 08700.004083/2012-72, único processo analisado neste subcapítulo que foi decidido a partir da Lei 12.519/2011, foi sugerido pelo Conselheiro Relator Ricardo Machado Ruiz a realização de estudos para verificar a possibilidade de alíquota de importação, em razão de alíquotas mais baixas serem capazes de mitigar problemas concorrenciais enfrentados no mercado de álcool laurílico.

Ressalta-se que foram encontrados outros dois processos em que a SEAE recomendou a alteração de tarifas de importação, mas tal recomendação não foi seguida pelo Conselheiro Relator.

Assim, o que se observa é que diante de situação em que a concorrência poderia ser impactada e poderia se beneficiar de alterações ou até eliminação de taxas de importação a jurisprudência do CADE tem se posicionado de forma a afirmar a relevância da discussão e a importância das taxas de importação para fomento da concorrência. Todavia, o Tribunal reconhece os limites de sua competência, se limitando, apenas a recomendar, sugerir e informar os órgãos de defesa comercial sobre os impactos benéficos que as referidas mudanças podem ter para a concorrência.

### 4.2. Manifestações do CADE diante de medidas de defesa comercial que impactam a concorrência

Foram encontrados 4 casos em que o CADE foi instado a se manifestar sobre medidas de defesa comercial que impactam a concorrência. Tais casos estão divididos em 2 Atos de Concentração, sendo o primeiro decidido a partir da Lei 8.889/1994 e o segundo a partir da Lei 12.529/2011 e 2 Processo Administrativo decidido a partir da Lei 12.529/2011.

Ao analisar o Ato de Concentração 08012.007861/2001-81 o Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade considerou os impactos que medidas de defesa comercial podem ter no mercado e como de fato limitaram a capacidade de concorrência, concluindo ser necessário o afastamento de medida *antidumping* para que uma das concorrentes pudesse efetivamente competir no mercado. Isso ocorreu porque no mercado de insulina existia em vigor medida *antidumping* e compromisso de preço.

O que se observou é que tais medidas impactaram de forma negativa a concorrência. A medida *antidumping* contribuindo para a concentração do mercado e o compromisso de preço impedindo que uma concorrente efetivamente competisse no mercado e, ainda, permitindo que as demais concorrentes se utilizassem de sua limitação de preço para estabelecerem estratégias exclusionárias. Diante da concentração no mercado e das dificuldades de se garantir a rivalidade competitiva foi determinada a expedição de ofício informando ao DECOM da necessidade de revisão das medidas de defesa comercial no referido mercado.

O Tribunal do CADE, ao julgar o Processo Administrativo 08012.008088/2003-31 analisou caso em que a alegação era de que as requeridas teriam se utilizado de medida *antidumping* para sufocar os concorrentes. Em seu voto, o Relator Abraham Benzaquen Sicsú analisou os impactos que a medida de defesa comercial teve no mercado, concluindo pela inexistência de impacto negativo desta na concorrência.

Em análise ao Ato de Concentração 08700.009988/2014-09, o Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior enfrentou situação semelhante à encontrada no casa objeto do presente estudo, as requerentes do ato de concentração ofereceram ao CADE o compromisso de não requerer medidas de defesa comercial sem prévia anuência dentre outros remédios para a aprovação de seu requerimento. O Conselheiro Relator considerou que caso a rivalidade seja afetada por eventual medida *antidumping*, poderá o CADE reanalisar a operação.

Contudo, o ato de concentração foi reprovado e não foi possível observar como o posicionamento de aguardar o impacto de medidas *antidumping* na rivalidade influenciou a competência do CADE ao enfrentar casos que envolvam interconexão com a defesa comercial.

No Processo Administrativo 08012.005882/2008-38 foi analisada a existência de Cartel no mercado de sal marinha que além das estruturas colusivas do cartel se utilizou de medidas *antidumping* para garantir a perpetuação do seu poder de mercado. Foi concluído que seria desaconselhável a manutenção da medida *antidumping*, determinando-se o envio de cópia do voto para que a CAMEX leve a decisão do CADE na condenação do cartel em consideração na revisão de referida medida *antidumping*.

Desta forma, o que se observa é que diante de medidas de defesa comercial o CADE tem se manifestado apenas para analisar o impacto que elas podem produzir na concorrência e sugere alterações quando as considera necessárias para a promoção da concorrência. Foi possível se constatar que apesar de tais medidas produzirem efeitos concorrenciais o Tribunal do CADE não tem se considerado competente para alterá-las ou eliminá-las.

### 4.3. Reconhecimento de competência/incompetência do CADE diante de medidas de defesa comercial

Foram encontrados 9 casos em que o CADE estabeleceu sua competência/incompetência diante de medidas de defesa comercial. Destes foram encontrados 6 Processos Administrativos, dos quais 4 foram decididos a partir da Lei 8.889/1994 e 2 foram decididos a partir da Lei 12.529/2011, 1 Requerimento decidido a partir da Lei 8.889/1994, 1 Consulta decidida a partir da Lei 12.529/2011 e 1 Ato de Concentração decidido a partir da Lei 12.529/2011.

Em dois Processos Administrativos julgados em 1998 o Tribunal do CADE analisou sua competência para decidir sobre *dumping* e em tais oportunidades reconheceu que desde a Lei 12.529/2011 não é um ilícito anticoncorrencial, não sendo o órgão competente.

Nos Processos Administrativos 08000.013002/ 1995-97, 08012.007412/1999-93 julgados a partir da Lei 8.889/1994 e nos Processos Administrativos 08012.007189/2008-08 julgados a partir da Lei 12.529/2011 foi discutida a competência do CADE para decidir sobre *dumping* e foi feita distinção entre a prática de *dumping* e preço predatório. Nestas oportunidades foi consignado que ambas

as infrações podem ser cometidas ao mesmo tempo, mas que a análise do *dumping* é de competência dos órgãos de defesa comercial, enquanto o preço predatório constitui infração à concorrência e sua análise é de competência do CADE.

Em 2009 o CADE foi instado a se manifestar sobre possíveis efeitos concorrenciais de medidas *antidumping* futura por meio do Requerimento 08700.001571/ 2009-22. Foi considerado que para que o CADE possa analisar os impactos da medida *antidumping* seria necessária a ocorrência de prejuízos e o nexo causal com a referida medida. Ressalta-se que o Conselheiro Carlos Emmanuel Jopper Ragazzo que após protocolado um processo no DECOM não há garantia de que o pedido será concedido, e, portanto, não caberia ao CADE se manifestar sobre eventuais impactos anticompetitivos.

Posteriormente, ao responder à Consulta 08700.001710/2012-13, já sob a vigência da Lei 12.529/2011 o CADE se posicionou de forma a levar em conta a advocacia da concorrência e seu papel de fomento à concorrência. Neste caso, foi reconhecida a importância de o CADE interagir com os demais órgãos da Administração Pública, de forma a garantir-se a livre concorrência. Concluiu-se que diante da possibilidade de medida de defesa comercial impactar a concorrência e da necessidade de análise do caso concreto foi reconhecida a competência do CADE não para decidir se a medida de defesa comercial poderia afetar negativamente a concorrência.

No Processo Administrativo 08012.009462/2006-69, em Voto Vista do Conselheiro Paulo Burnier analisou os limites de atuação do CADE quando este analisa o impacto de medidas de defesa comercial na concorrência e afirmou não ser competência do CADE decidir sobre a sua legalidade, mas sim se tais medidas afetam ou não a concorrência negativamente, como pode ser observado:

> "Ademais, ressalta-se a participação, ainda que menos evidente daquela alegada pelos Representados, do MDIC no desenho de restrições à importação de produtos da China. Apesar de não ser o papel do CADE examinar a legalidade ou validade de políticas específicas em matéria de defesa comercial, cabe a autoridade da concorrência zelar pelo respeito às regras concorrenciais existentes no país, o que inclui a

> verificação de eventuais ilícitos praticados por agentes econômicos ativos no mercado brasileiro."[33]

Por fim, no Processo Administrativo 08700.003107/2020-86, a Conselheira Paula Furlan, em voto vogal, afirmou que as preocupações acerca dos efeitos do comércio internacional no mercado interno devem ser enviadas à SECEX, órgão competente para decidir sobre temas de comércio internacional. Foi, portanto, reconhecida a incompetência do CADE para decidir sobre tais temas.

Assim, o que se observou é que o CADE reconheceu sua competência para decidir sobre matérias de direito concorrência e impactos sobre a concorrência, não sendo este órgão competente para tratar de medidas de defesa comercial. Todavia, é importante realizar ressalva de que diante de medidas de defesa comercial pode o CADE analisar como e se esta estão impactando a concorrência, não levando em consideração em sua análise a legalidade da medida em questão.

Diante de todo o exposto e dos três modos de manifestação do CADE quando instado a se manifestar sobre medidas de defesa comercial que podem fomentar a concorrência ou a impactar negativamente, o posicionamento do órgão concorrencial tem sido no sentido de se aproximar mais da advocacia da concorrência que de suas competências coercitivas. Isso quer dizer, o CADE tem agido, por um lado, de forma a recomendar ou sugerir alterações em medidas de defesa comercial para que se promova a concorrência e a rivalidade entre os concorrentes e, por outro, de forma a analisar se e como as medidas de defesa comercial impactam negativamente a concorrência.

## 5. Conclusão

A partir do presente estudo foi possível analisar como a doutrina concorrencial e a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem

[33] BRASIL, Cade. Processo Administrativo n° 08012.009462/2006-69. Conselheiro Relator: Olavo Zago Chinaglia. Julgamento: 19 de agosto de 2015.

se posicionado sobre a competência do órgão concorrencial quando em face da interconexão entre a defesa concorrencial e a defesa comercial. Em especial, foi possível analisar se em razão do requerimento da Abiplast seria o CADE competente para determinar que as requerentes se abstivessem de requerer ou apoiar medidas de defesa comercial.

A interconexão existente entre as políticas de defesa concorrencial e de defesa comercial ao tratarem de objetos semelhantes, mas com objetivos distintos, se apresenta de forma a ser possível que medidas adotadas por uma política produzam efeitos e possam até inviabilizar a consecução dos objetivos da outra. É o que se observou no requerimento da Abiplast, o qual apresenta para o CADE riscos de impactos significativos no mercado de resinas termoplásticas caso fossem impostas medidas de defesa comercial.

Depreende-se da análise da doutrina concorrencial que esta se posiciona de forma a entender que o CADE possui duas competências de atuação, as quais sejam a competência preventiva que se encarrega do controle de estruturas e a competência repressiva, a qual se encarrega da controle de condutas atentem contra a concorrência. No entanto, não pode se deixar de considerar a advocacia da concorrência como importante mecanismo de fomento da concorrência saudável, ainda que exercida por outro órgão e que não goze do poder coercitivo que possui o CADE no exercício de sua competência preventiva e repressiva.

Em sede do controle preventivo o que se observou foi o posicionamento da doutrina no sentido de ser o CADE competente para analisar como concentrações propostas por meio de atos de concentração poderiam impactar a concentração do mercado e a preservação da concorrência. Neste ponto, o que fica claro é que o CADE está analisando o mercado e as alterações, considerando a organização e o funcionamento do mercado para decidir sobre as possibilidades de aprovação, imposição de condições para a aprovação ou até mesmo a reprovação da operação.

Por outro lado, em sede de seu controle repressivo, o que se observa é o entendimento de que a análise do órgão concorrencial se daria por meio da investigação posterior de condutas já praticadas e que constituam infrações concorrenciais. Isso quer dizer, que se tratem de condutas que tenham negativamente impactado a concorrência.

Ao considerar alternativas dentro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para que se fomente a concorrência em casos em que não seria o CADE competente para agir, a doutrina tratou da atuação da SEAE a partir da advocacia da concorrência. Conforme pode se extrair da doutrina a advocacia da concorrência atua de forma a fomentar a concorrência saudável em mercados regulados, tendo inclusive sido considerado que em casos que envolvem medidas de defesa comercial, o fomento da concorrência estaria dentro do escopo de atuação da advocacia da concorrência.

Desta forma, se entende que o requerimento da Abiplast de que o Tribunal do CADE impusesse o compromisso de não requerer ou apoiar medidas de defesa comercial como condição para a aprovação da operação não poderia ser determinado em sede do controle preventivo do CADE. Isso porque, a sua competência no CADE estaria limitada a analisar como, nas condições daquele mercado, se daria a concentração e não determinar limites e restrições para que as requerentes possam, no futuro, se proteger de condutas comerciais desleais.

Mesmo que se considerasse a competência repressiva do CADE, o que pode ser constatado é que em não havendo a utilização de medidas de defesa comercial como estratégia para subverter a  concorrenciais não haveria como se considerar este órgão concorrencial competente em tal caso.

Apesar de o enfoque do CADE ser proteger a concorrência saudável, em se tratando de medidas de defesa comercial, deve ser respeitada a coexistência de políticas de defesa comercial e de defesa concorrencial. Assim, não se apresenta razoável que possa o CADE aumentar o escopo de sua atuação para englobar decisões atinentes à defesa comercial ao mesmo tempo em que suas preocupações devem ser endereçadas.

Assim, se extrai da doutrina que o requerimento da Abiplast poderia ser endereçado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em face da advocacia da concorrência. Os objetivos de se garantir a perpetuação da concorrencial e evitar-se que medida de defesa comercial possam limitar ou alterar o mercado de resinas termoplásticas podem ser alcançados a partir, não da utilização de competência coercitiva do CADE, mas sim da atuação consultiva junto aos órgãos de defesa comercial.

Não obstante o posicionamento da doutrina concorrencial, se observa que a jurisprudência do CADE possui posicionamento semelhante, conforme decidiu o CADE em diversos processos abordou os pontos de diálogo entre a defesa da concorrência e a defesa comercial. O que se observou é que em face da interconexão do direito da concorrência com políticas e medidas de defesa comercial o Tribunal do CADE reconheceu sua competência para atuar de duas formas.

A primeira estaria mais próxima à atuação da advocacia da concorrência exercida pela SEAE, exarando recomendações e notificações às autoridades competentes para que estas tenham conhecimento de medidas que possam fomentar a concorrência. A segunda forma em que o CADE se considerou competente para agir, mesmo em face de medidas de defesa comercial, foi em casos em que se constatou a utilização de medidas de defesa comercial para subverter a concorrência.

Desta forma, o que se observa é que o Tribunal do CADE tem orientado suas decisões no sentido de aproximar sua atuação da advocacia da concorrência e não se utilizar de seu poder coercitivo quando enfrenta temas de defesa comercial.

Diante do exposto, pode se extrair do presente estudo que o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência não era competente para impor limitação ao direito de as requerentes solicitarem ou apoiarem medidas de defesa comercial, conforme foi requerido pela Abiplast. O escopo de atuação da defesa da concorrência neste caso não estaria sujeito ao poder coercitivo do CADE, mas sim restrito à advocacia da concorrência, como já ocorre nos mercados regulados.

**Referências bibliográficas**

BRASIL, CADE. Processo Administrativo 132/93. Conselheiro Relator:Marcelo Calliari. Julgamento: 15 de julho de 1998.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 56/92. Conselheiro Relator: Marcelo Calliari. Julgamento: 26 de agosto de 1998.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.004086/2000-21. Conselheiro Relator: Luiz Álberto Esteves Scaloppe. Julgamento: 23 de setembro de

2005.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.008088/2003-31. Conselheiro Relator: Abraham Benzaquen Sicsú. Julgamento: 11 de abril de 2007.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.007412/1999-93. Conselheiro Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Julgamento: 27 de julho 2011.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.007189/2008-08. Conselheiro Relator: Ricardo Machado Ruiz. Julgamento: 04 de dezembro de 2013.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.009462/2006-69. Conselheiro Relator: Olavo Zago Chinaglia. Julgamento: 19 de agosto de 2015.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.005882/2008-38. Conselheiro Relator: João Paulo de Resende. Julgamento: 23 de maio de 2018.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08700.003107/2020-86. Conselheiro Relator: Sérgio Costa Ravagnani. Julgamento: 04 de novembro de 2020.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.000207/2002-27. Conselheiro Relator: Ronaldo Porto Macedo Júnior. Julgamento: 12 de março de 2003.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.007861/2001-81. Conselheiro Relator: Thompson Almeida Andrade. Julgamento: 15 de junho 2003.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.000497/2000-01. Conselheiro Relator: Thompson Almeida Andrade. Julgamento: 04 de fevereiro de 2004.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.004904/2000-97. Conselheiro Relator: Thompson Almeida Andrade. Julgamento: 04 de fevereiro de 2004.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.007454/2000-49. Conselheiro Relator: Thompson Almeida Andrade. Julgamento: 04 de fevereiro 2004.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.001885/2007-11. Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan. Julgamento: 13 de março de 2007.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.009843/2005-67. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. Julgamento: 11 de abril de 2007.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.001637/2007-71. Conselheiro Relator: Paulo Furquim de Azevedo. Julgamento: 08 de agosto de 2007.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.010195/2004-19 Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. Julgamento: 08 de agosto de 2007.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.010192/2004-77. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. Julgamento: 08 de agosto de 2007.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.004385/2006-51. Conselheiro Relator: Ricardo Villas Boas Cueva. Julgamento: 09 de abril 2008.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.011518/2006-45. Conselheiro Relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos. Julgamento: 21 de maio de 2008.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.009939/2007-97. Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan. Julgamento: 09 de julho 2008.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08012.001205/2010-65. Conselheiro Relator: Vinicius Marques de Carvalho. Julgamento: 24 de fevereiro 2011.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08700.004083/2012-72. Conselheiro Relator: Ricardo Machado Ruiz. Julgamento: 20 de novembro de 2013.

BRASIL, Cade. Ato de Concentração 08700.009988/2014-09. Conselheiro Relator: Márcio de Oliveira Júnior. Julgamento: 02 de Setembro de 2015.

BRASIL, Cade. Consulta 08700.001710/2012-13. Conselheiro Relator: Luis Alessandro Octaviani. Julgamento: 23 de outubro 2013.

BRASIL, Cade. Consulta 08012.005882/2008-38. Conselheiro Relator: João Paulo de Rezende. Julgamento: 23 de maio 2018.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Análise econômica da regulação: o papel da advo- cacia da concorrência**. Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers. jan. 2007.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. 9788530991975. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991975/. Acesso em: 05 Jun 2021

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Col. Direito Econômico - Direito Concorrencial**, *1ª edição*.. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 9788502620070. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/. Acesso em: 06 Jun 2021

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**, *1ª edição*.. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. 9788547219611. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547219611/. Acesso em: 06 Jun 2021

MACEDO DE JESUS, Agnes. The *four practical interactions between competition policy and trade defense: an empirical analysis of the Brazilian competition authority jurisprudence*. In ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo e BURNIER, Paulo (Orgs). **Comércio Internacional e Concorrência Desafios e Perspectivas Atuais, Volume I**, 2018. Disponível em: https://bit.ly/3qVBroI

FREITAS MICHEL, Voltaire de e DEITOS, Marc Antoni. Reconciliando o direito antidumping e o da concorrência: a natureza jurídica como fonte da coexistência. In. **Revista de Defesa da Concorrência** ,v. 6 n. 2, 2018. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/414

DOMINGUES, Juliana Oliveira. Concorrência e Comércio Internacional: reflexões sobre as duas faces da mesma moeda. In. **O Direito Brasileiro em Evolução**. São Paulo: Almedina, 2017.

JORDÃO, Eduardo Ferreira . A advocacia da concorrência como estratégia para redução do impacto anticompetitivo da regulação estatal. **Revista Brasileira de Direito Público**, v. 24, p. 127-154, 2009.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014 p.427.

MARRARA, Thiago. Acordos no Direito da Concorrência**.** 8. Vol. Brasília: **RDC** n.º 2 p. 78-103

# 10. *MARKETING* AMBIENTAL ENGANOSO COMO UMA INFRAÇÃO CONCORRENCIAL: A INSTRUMENTALIDADE DO DIREITO ANTITRUSTE NA BUSCA DA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

## *10. DECEIVED ENVIRONMENTAL MARKETING AS A COMPETITIVE INFRINGEMENT: THE INSTRUMENTALITY OF THE ANTITRUST LAW IN THE SEARCH FOR ENVIRONMENTAL PRESERVATION*

André Portella e Julia Braga

**SUMÁRIO**: 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O *MARKETING* AMBIENTAL ENGANOSO. 2.1. Definição e caráter multifacetário da conduta: concorrência, consumidor e meio ambiente. 2.2. A proteção ao meio ambiente como princípio da ordem econômica constitucional e objetivo do Estado brasileiro. 2.3. A relação entre o poder econômico e a dominação e exploração dos recursos naturais: por um direito antitruste instrumental. 3. ASPECTOS CONCORRENCIAIS DO *MARKETING* AMBIENTAL ENGANOSO. 3.1. Distorções competitivas relevantes. 3.2. Potencial lesivo: ilícito *per se* ou regra da razão? 4. *MARKETING* AMBIENTAL ENGANOSO COMO PRÁTICA ANTICOMPETITIVA. 4.1. Da experiência internacional sobre o *marketing* ambiental enganoso. 4.2. Casos emblemáticos no plano internacional. 4.3. A (in)experiência do CADE. 5. DO POSSÍVEL ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NOS TERMOS DA LEI 12.529/2011. 5.1. Enquadramento nos incisos do art. 36, § 3º. 5.2. Outras implicações do *marketing* ambiental enganoso na análise antitruste. 6. CONCLUSÃO.

**RESUMO**: Diante da proeminência da questão ambiental nos debates acerca do modelo de desenvolvimento econômico mais adequado e do crescimento da demanda dos consumidores por produtos e serviços que tenham um impacto positivo ou menos nocivo no meio ambiente, o *marketing* ambiental enganoso emerge como uma prática a ser analisada à luz do direito antitruste. Dessa forma, a hipótese do presente artigo buscou responder se a referida conduta pode ser considerada uma infração concorrencial, na medida em que confere vantagem indevida ao agente econômico sobre seus rivais; lesa os consumidores e a coletividade, pois contribui para o consumo de produtos que podem ser mais nocivos ao meio ambiente; além de contribuir para o recrudescimento de uma lógica de dominação e de exploração do poder econômico sobre os recursos naturais, o que seria contrário ao paradigma de desenvolvimento socioeconômico adotado pelo Brasil na Constituição Federal de 1988. Apesar da timidez do CADE na análise de questões ambientais, concluiu-se que é possível o enquadramento da conduta no art. 36, § 3º, incisos III, IV e VII, da Lei 12.529/2011.

**ABSTRACT**: *Given the increased importance of environmental issues in the debates about the most appropriate economic development model and growth in consumer demand for products and services that have a positive or less harmful impact on the environment, deceptive marketing emerges as a practice to be by antitrust law. Therefore, this article aims at answering whether deceptive marketing can be considered anticompetitive conduct. This paper hypothesis is that the said conduct gives an undue advantage to the economic agent over its rivals; harms consumers and the community, as it contributes to the consumption of products that may be more harmful to the environment; in addition to contributing to increasing a logic of domination and exploitation of economic power over natural resources, which would be contrary to the paradigm of socioeconomic development adopted by Brazil in the Federal Constitution of 1988. Despite CADE's hesitancy in the analysis of environmental issues, it is concluded that art. 36, § 3, items III, IV, and VII, of Law No. 12.529/2011 may apply to these cases.*

## 1. Introdução

É cada vez maior o consenso acerca da ideia de que estamos enfrentando uma "emergência climática" capaz de impactar direta e significativamente não só a forma como produzimos riqueza, mas também o nosso estilo de vida. Este cenário reforça a proeminência da questão ambiental, colocando-a no centro dos debates sobre o desenvolvimento socioeconômico, a fim de que se reconfigure a relação dos seres humanos com o planeta e com os seus recursos naturais, expondo a sua escassez e, consequentemente, as contradições do atual modelo de desenvolvimento.[1]

Foi nesse contexto, ainda em 1987, que a Assembleia Geral das Nações Unidas criou a Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (*WCED*, na sigla em inglês), para que fossem discutidas novas soluções de desenvolvimento sustentável. A referida Comissão elaborou o Relatório denominado "Nosso Futuro Comum", ou Relatório *Brundtland*, segundo o qual o desenvolvimento sustentável seria aquele capaz de atingir as necessidades das gerações atuais, sem impedir que as gerações futuras tivessem tais necessidades atendidas. Para tanto, o conceito foi estruturado em torno de três pilares: a redução das desigualdades sociais,

[1] Para Sen, a base racional da lógica de mercado, subjacente aos modelos tradicionais de desenvolvimento, está voltada para os bens privados e não para aqueles bens chamados públicos, os quais as pessoas consomem conjuntamente, como os recursos naturais. Por essa razão, a degradação ambiental seria um empecilho para um desenvolvimento socioeconômico que leve em consideração a liberdade do ser humano. SEN, Amartya. "Desenvolvimento como liberdade". (Trad. de Laura Teixeira Motta). Ed. Companhia das Letras, 2018, p. 159.

a proteção ao meio ambiente e a promoção do desenvolvimento socioeconômico, sendo que este último estaria condicionado à presença dos dois primeiros.[2]

Na esteira deste raciocínio, reforçou-se a ênfase na adoção de medidas por parte dos Estados aptas a frearem a degradação ambiental. Tais medidas culminaram na assinatura de acordos climáticos que previam metas robustas para a redução da emissão de gases do efeito estufa[3], a fim de retardar o aquecimento global, por exemplo. Surgiu, assim, uma diplomacia do clima, impondo a diversos países que colocassem entre os seus objetivos político-ideológicos a proteção ao meio ambiente. É o caso do Brasil, conforme será exposto adiante, e da União Europeia, que, no artigo 11 do seu Tratado de Formação, assinado em 1992, prevê que a proteção ao meio ambiente deve ser integrada à definição e à implementação das demais políticas públicas do bloco, no intuito de promover o desenvolvimento sustentável.[4]

Como consequência lógica dessa mudança de paradigma, as empresas, em geral, também passaram a se engajar em processos ambientalmente positivos – ou, pelo menos, passaram a fazer um esforço maior para passar essa imagem à sociedade –, dada a demanda do mercado consumidor por este tipo de comportamento. Afinal, conforme estudos e pesquisas recentes indicam, os consumidores se encontram cada vez mais sensíveis à questão ambiental[5],

---

[2] COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Relatório Nosso Futuro Comum**, 1987. Disponível em: http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm. Acesso em 09.05.2021.

[3] Dentre eles, cite-se o Acordo de Paris, assinado em 2015, e o European Green Deal, anunciado em 2019 pela União Europeia.

[4] "Art. 11. Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union's policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development". Tradução livre: Art. 11. Os imperativos de proteção ao meio ambiente devem ser integrados à definição e implementação das políticas públicas e atividades da União, em particular no sentido de promover o desenvolvimento sustentável. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:en:PDF. Acesso em 10.05.2021.

[5] Segundo pesquisa realizada pela agência norte-americana Union + Webster em 2019 e divulgada pela Federação das Indústrias do Estado do Paraná (Fiep), 87% (oitenta e sete por cento) da população brasileira prefere adquirir produtos ou serviços de empresas sustentáveis e 70% (setenta por cento) dos entrevistados afirmou não se importar em pagar um pouco a mais por isso. Ver: https://agenciafiep.com.br/2019/02/28/consumidores-preferem-empresas-sustentaveis/. Acesso em 16.05.2021; Em 2020, o Instituto Akatu e a GlobeScan produziram o relatório "Vida Saudável e Sustentável 2020: Um Estudo Global de Percepções do Consumidor", trazendo os resultados de 27 países, incluindo o Brasil, demonstrando que, para mais de 70% (oitenta por cento) dos consumidores brasileiros esperam que as empresas não agridam o meio ambiente, enquanto para mais de 60% (sessenta por cento), as empresas devem estabelecer metas comprometidas com o futuro da humanidade. Ver: https://www.akatu.org.br/wp-content/uploads/2020/10/Pesq-VSS_2020-GlobeScan-e-Akatu-Publico.pdf. Acesso em 16.05.2021; Segundo a TetraPak, empresa de embalagens, 93% (noventa e três por cento) dos consumidores brasileiros priorizam embalagens ambientalmente sustentáveis em suas decisões de compra. Ver: https://www.tetrapak.com/pt-br/about-tetra-pak/news-and-events/newsarchive/para-93-dos-consumidores-

aceitando, até mesmo, pagar preços mais elevados, no caso de obterem em contrapartida algum benefício ambiental.[6]

É nesta conjuntura que o *marketing* ambiental enganoso emerge como uma possível infração concorrencial, afinal, ao se valer desta prática, o infrator estaria auferindo vantagem competitiva indevida perante os consumidores, fundada em informações falsas. Diante disso, buscar-se-á explorar neste artigo se o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) deverá considerar este tipo de conduta lesiva do ponto de vista concorrencial. Trabalha-se com a hipótese de que se trata de infração à ordem econômica, na medida em que a prática da conduta confere vantagem indevida ao agente econômico sobre seus rivais; lesa o consumidor e a coletividade, visto que contribui para o consumo de produtos que podem ser mais nocivos ao meio ambiente do que se faz parecer; além de contribuir para o recrudescimento de uma lógica de dominação e de exploração do poder econômico sobre os recursos naturais, o que seria contrário ao paradigma adotado pelo Brasil na Constituição Federal de 1988.

Para analisar a hipótese acima descrita, será adotada uma visão instrumental, segundo a qual o direito antitruste deverá ser compreendido como "técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para a implementação de políticas públicas, mediante a repressão do abuso do poder econômico e a tutela da livre-concorrência.".[7] Assim, o presente artigo, encontra-se dividido da seguinte maneira: no Capítulo 2, serão feitas breves considerações acerca da conduta, definindo-a e ressaltando o seu caráter multifacetário. No mesmo capítulo, buscar-se-á situar a proteção ao meio ambiente como um princípio da ordem econômica constitucional e como um objetivo do Estado brasileiro, fundamentando a noção de que poder

brasileiros-marcas-com-embalagens-ambientalmente-responsaveis-influenciam-a-decisao-de-compra. Acesso em 16.05.2021.

[6] A autoridade neo-zelandesa reconheceu que o marketing relacionado a aspectos ambientais tem sido fator de grande apelo para os consumidores locais, de modo que eles se encontram inclinados até mesmo a pagar preços maiores por produtos sustentáveis. Ver: https://comcom.govt.nz/news-and-media/media-releases/2020/commerce-commission-releases-guidelines-on-environmental-claims. Acesso em 16.05.2021; No caso que ficou conhecido como "Chicken of Tomorrow", a autoridade holandesa analisou uma série de acordos de cooperação entre concorrentes no setor de produção de frangos e que visavam ao atendimento de imperativos de sustentabilidade. Naquela oportunidade, a ACM reconheceu que os consumidores podem estar dispostos a pagar mais por produtos com um selo denominado "Better Life", que significava o respeito daqueles produtores e supermercados a melhores condições de armazenamento e abate dos animais. Ver: https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/13789_analysis-chicken-of-tomorrow-acm-2015-01-26.pdf.pdf. Acesso em 12.05.2021.

[7] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste** – 11ª edição revista e atualizada, Ed. Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021, p. 88.

econômico e degradação ambiental têm uma relação entre si, o que, demandará a intervenção estatal via direito antitruste para que se alcance os objetivos constitucionais.

No Capítulo 3, serão descritos os aspectos concorrenciais da conduta, expondo-se as distorções competitivas relevantes, bem como explorando a extensão da lesividade da conduta à luz dos *standards* probatórios comuns na análise antitruste: a regra da razão e o ilícito *per se*. No Capítulo 4, serão apresentadas experiências de outras autoridades em relação à prática de *marketing* ambiental enganoso, destacando casos emblemáticos e abordando aspectos referentes à (in)experiência do CADE com o tema. Por fim, no Capítulo 5, buscar-se-á enquadrar a conduta nos incisos do artigo 36, e do seu § 3º, da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência). Ademais, espera-se demonstrar que, mesmo que não se possa considerar a conduta como uma infração concorrencial, ainda assim, seria possível vislumbrar outros desdobramentos na análise antitruste. É o caso da demonstração de eficiências, do cálculo da dosimetria para a aplicação de eventuais sanções e em remédios impostos como condições para a aprovação de atos de concentração econômica. Ao final, serão apresentadas as conclusões.

## 2. Breves considerações sobre o *marketing* ambiental enganoso

Neste capítulo, define-se a conduta e ressalta o seu caráter multifacetário, demonstrando seus desdobramentos em relação à proteção do consumidor e do meio ambiente. Procura-se situar a proteção ao meio ambiente como um princípio da ordem econômica constitucional e como um objetivo do Estado brasileiro, fundamentando a noção de que poder econômico e degradação ambiental têm uma relação íntima entre si. Dá-se suporte à intervenção estatal para consecução de tal objetivo por intermédio do direito antitruste.

No item 2.1, serão apresentadas a definição e o caráter multifacetário da conduta, que abrangem perspectivas concorrencial, consumerista e ambiental. No item 2.2, será abordada a proteção ao meio ambiente como princípio da ordem econômica constitucional e como objetivo do Estado brasileiro. Por fim, no item 2.3, será apresentada a relação entre o poder econômico e a dominação e exploração dos recursos naturais, à luz do direito antitruste instrumental.

### 2.1. Definição e caráter multifacetário da conduta: concorrência, consumidor e meio ambiente

Segundo Aline Crivelari, o *marketing* ambiental enganoso pode ser descrito como "[...] a associação a produto, serviço ou empresa, em publicidade, de informações falsas acerca de atributos relacionados à sustentabilidade e a benefícios, ou à ausência ou redução de malefícios, ao meio ambiente".[8] Trata-se, portanto, de tentativa adotada por agentes econômicos para ludibriar os consumidores, fazendo-os acreditar que os serviços ou produtos anunciados possuem um impacto ambiental positivo ou menos ofensivo, em consonância com a demanda desses consumidores por serviços ou produtos mais sustentáveis.

Naturalmente, as implicações desta prática não se restringem à dinâmica competitiva, de modo que os seus efeitos deletérios se espraiam por áreas como a defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente. O caráter multifacetário da conduta impõe que a autoridade concorrencial analise as suas diversas nuances[9], admitindo-se, assim, a relação da política antitruste com outras políticas públicas, o que não chega a ser uma novidade para o CADE.[10] Ressalte-se que os aportes desses ramos do Direito (consumidor e ambiental) são fundamentais para que, no decorrer da análise dos referidos aspectos concorrenciais, não se deixe de levar em conta circunstâncias relevantes para a caracterização da infração concorrencial, nos termos dos incisos do art. 36, § 3º, da Lei 12.529/2011.

Por exemplo, ao distinguir os objetivos da política concorrencial e da política de proteção ao consumidor, Paula Forgioni ressalta que o mesmo suporte fático pode desencadear a incidência de normas antitruste e de defesa do consumidor simultaneamente, sem que isso signifique qualquer choque de competências. Na realidade, os bens jurídicos imediatamente tutelados por esses ramos do Direito são diversos, sendo a proteção ao consumidor, por exemplo, tutelada apenas de maneira mediata pela legislação concorrencial.[11] Partindo-se, portanto, do mesmo "suporte fático", que, no caso deste artigo, é a prática de *marketing*

[8] CRIVELARI, Aline. **O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste**. 2018, p. 207. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/34341. Acesso em 15.04.2021.

[9] Idem, p. 143, nota de rodapé 483.

[10] Ato de concentração 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A., Banco do Brasil S.a., Banco Santander e outros. Conselheiro relator: Paulo Burnier da Silveira. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 09.11.2016.

[11] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. Op. cit., p. 255.

ambiental enganoso, desencadeia-se também a incidência de normas concorrenciais e de direito do consumidor, a despeito do argumento de que a conduta seria relacionada apenas ao sistema de proteção consumerista.

Ao contrário, a violação concorrencial, à luz dos aportes das teorias consumerista e ambiental, ganha contornos mais relevantes. Nessa mesma perspectiva, o reconhecimento desse caráter multifacetário da conduta permite que haja cooperação técnica entre órgãos reguladores distintos, como o CADE e a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon)[12] ou entre o CADE e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), para fins de investigação e, até mesmo, de quantificação de sua lesividade.

Não por outro motivo, faz-se importante verificar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) dispõe sobre *marketing*[13] enganoso, independentemente de se relacionar ao meio ambiente, em sua Seção III, que categoriza a publicidade, abarcando-a em suas modalidades enganosa e abusiva. Nos termos do artigo 37, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor:

> "É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços."

Perceba-se, então, que a definição dada pelo CDC abarca o conceito de *marketing* ambiental enganoso, que pode, assim, ser compreendido como uma espécie do gênero *marketing* enganoso. Nas palavras de Cláudia Lima Marques, no sistema do CDC, a principal característica do *marketing* ou da publicidade enganosa "é ser suscetível de induzir o

[12] Já existe no âmbito do CADE e da Senacon uma política de aproximação e de cooperação. Ver: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/senacon-e-cade-fortalecem-politicas-de-defesa-da-concorrencia-e-do-consumidor. Acesso em 16.05.2021.

[13] Para os fins deste trabalho, marketing e publicidade serão utilizados como sinônimos.

consumidor ao erro, mesmo por suas omissões" .[14] Em relação à prática da conduta por omissão, por exemplo, no contexto do *marketing* ambiental enganoso, pode-se dizer que uma empresa incorreria na prática a partir do momento em que se beneficiasse por não desfazer, perante os consumidores, presunção inverídica ou exagerada da existência de determinado atributo ambientalmente positivo em seu produto ou serviço.

Quanto à sua outra faceta, muito embora o direito ambiental não disponha especificamente acerca da conduta em análise, é certo que os efeitos por ela produzidos são negativos, em alguma medida, para a defesa do meio ambiente. Afinal, conforme a autoridade concorrencial da Nova Zelândia descreveu, a prática do *marketing* ambiental enganoso induz os consumidores a escolherem produtos na crença de que estão beneficiando o meio ambiente, quando, na realidade, há pouco ou nenhum benefício associado.[15]

Imagine-se a hipótese de determinado fabricante anunciar uma nova versão de seu produto supostamente atualizada com tecnologia verde. Os consumidores, então, imbuídos da ideia de que estão fazendo um investimento em sustentabilidade, adquirem o novo produto, descartando a versão anterior em prol da mais recente, cujos benefícios são irrelevantes ou inexistentes. Nesse cenário, além de não adquirir um produto sustentável, contribui-se para a pressão já exercida em aterros sanitários e/ou outras áreas de descarte, tendo em vista a aquisição de novo item. Inclusive, a depender da natureza do produto, a sua fabricação, em si, já representa um ônus ambiental significativo o suficiente, de modo que a adição de mais unidades no mercado, impulsionada por campanhas de publicidade enganosas, causa um impacto considerável no meio ambiente, sobretudo se os benefícios anunciados e que reduziriam os já conhecidos malefícios não se encontrarem presentes.

Nota-se, ainda, que tal infração se encontra inserida numa lógica de fomento ao consumo de uma perspectiva individual, e não coletiva ou consciente. O intuito dos agentes econômicos que a praticam é atingir cada vez mais consumidores, fingindo atender a uma demanda por produtos pouco nocivos ao meio ambiente e que se mostra crescente na sociedade.

---

[14] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O Novo Regime das Relações Contratuais – 8ª edição revista, atualizada e ampliada. Ed. Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 909.

[15] Disponível em: https://comcom.govt.nz/news-and-media/media-releases/2013/rubbish-bag-company-fined-heavily-for-misleading-environmental-claims. Acesso em 16.05.2021.

É como se tais agentes, valendo-se da boa-fé dos consumidores, impusessem-lhes uma armadilha que, em última instância, tem o condão justamente de intensificar os prejuízos ambientais que os consumidores conscientes estão tentando evitar ou, no mínimo, mitigar.

Assim, conforme Aline Crivelari propõe[16], faz-se necessária uma reinterpretação de conceitos como concorrência, eficiência e bem-estar do consumidor à luz do conceito de desenvolvimento sustentável, justamente para que condutas como o *marketing* ambiental enganoso possam ser coibidas pelas autoridades concorrenciais. Para tanto, é imprescindível a compreensão da proteção ao meio ambiente não só como um princípio da ordem econômica, mas também como um objetivo do Estado, que pode ser, ao menos em parte, alcançado pelo antitruste, conforme será demonstrado nos tópicos a seguir.

### 2.2. A proteção ao meio ambiente como princípio da ordem econômica constitucional e como objetivo do Estado brasileiro

A Constituição Federal de 1988 é comumente classificada como "programática" ou "constituição programa"[17], em virtude de estabelecer objetivos como o alcance da justiça social, a promoção da dignidade da pessoa humana, a defesa do meio ambiente e o desenvolvimento nacional, por exemplo. A lógica para a adoção de tal modelo constitucional é subjacente à ideia de que as garantias e liberdades previstas pelo paradigma liberal do século XIX não fazem sentido se não forem estendidas a uma fração razoável da população. Assim, torna-se necessária a intervenção estatal, de modo a garantir padrões mínimos de existência e de atendimento das necessidades elementares dos indivíduos.[18]

Desse modo, Estados que fizeram uma opção político-ideológica se vinculam aos objetivos assumidos nas constituições programáticas, não lhes restando opção senão a persecução de tais objetivos. No caso brasileiro, o artigo 3º estabelece objetivos fundamentais, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

---

[16] CRIVELARI, Aline. **O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste**. Op. cit. pp. 90-91.

[17] NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: Introdução ao Direito Econômico. Ed. Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2016, p. 169.

[18] Idem, p. 169.

e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Perceba-se que se trata de cláusulas gerais impostas pelo constituinte, mas que dialogam com outros objetivos dispostos no decorrer do texto constitucional, dentre eles a defesa do meio ambiente, que se encontra contemplada no artigo 170, inciso VI, Título VII, referente à ordem econômica e financeira; e, de maneira mais detalhada e específica, nos artigos 225 e seguintes, Título VIII, referente à ordem social. Conforme expõe Nusdeo[19], o capítulo específico sobre a defesa do meio ambiente deveria estar contemplado no Título VII, sobre a ordem econômica e financeira, uma vez que "o problema ecológico decorre de uma externalidade econômica que transformou os bens ambientais antes tido como livres em bens econômicos".

Entretanto, a despeito de o capítulo sobre a defesa do meio ambiente se encontrar, de certa forma, deslocado no texto constitucional, não se deve considerar este fator como preponderante, por si só, para impedir que a proteção ambiental seja compreendida como um dos objetivos do Estado brasileiro, muito menos para que seja ignorada a sua relação com a atividade econômica e com a repressão ao abuso de poder econômico, disciplinados no Título VII. Afinal, a Constituição não deve ser interpretada "em tiras", mas sim como um texto homogêneo[20], visando à conformação da vida social, entendida aqui como a concreção dos objetivos político-ideológicos do Estado. Como bem nos ensina Hesse, "a interpretação constitucional é concretização".[21]

Dessa forma, parece lógico afirmar que a Constituição Federal de 1988, programática e com forte viés social, estabeleceu, dentre os seus objetivos, a defesa do meio ambiente, além de ter admitido de maneira inequívoca a existência de relação direta entre economia e proteção ambiental. Afinal, muito embora o capítulo específico esteja contido no Título VIII, sobre a ordem social, o próprio texto constitucional suscitou a defesa do meio ambiente como um dos princípios mitigadores da livre iniciativa, "inclusive mediante

[19] Idem, p. 171.
[20] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 17ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2015, p. 131.
[21] HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 40.

tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços de seus processos de elaboração e prestação".[22]

### 2.3. A relação entre o poder econômico e a dominação e exploração dos recursos naturais: por um direito antitruste instrumental

Na seção anterior, estabeleceu-se a pertinência da questão ambiental como um dos objetivos político-ideológicos assumidos pelo Estado brasileiro para garantir algum nível de igualdade aos indivíduos. Neste tópico, em específico, será abordada a relação entre o poder econômico e a dominação e exploração dos recursos naturais, no intuito de justificar a utilização do direito antitruste como instrumento do Estado para a consecução de um de seus objetivos constitucionais: a defesa do meio ambiente.

Isso porque, analisada a cadeia de relações entre o ser humano e o meio ambiente, verifica-se que a riqueza produzida pela humanidade é tanto extraída quanto descartada no meio ambiente. Por isso, não é absurda a conclusão de Nusdeo[23] no sentido de que "o sistema econômico atua como um mero intermediário entre o meio ambiente... e o meio ambiente". Segundo o autor, dessa constatação decorrem duas consequências lógicas: a primeira consiste na maneira de encarar o sistema econômico como um subsistema de reações ecológicas; e a segunda consiste justamente na superação, ainda que parcial, da tradicional distinção entre produção e consumo, aglutinando tais processos a um conceito único de transformação, tendo como perspectiva um ciclo ecológico no qual, conforme a máxima de Lavoisier, "Nada se perde. Nada se cria. Tudo se transforma".

Diante disso, é forçoso o reconhecimento de que não apenas as dinâmicas de mercado, mas a dominação e a exploração de recursos naturais ou de bens comuns[24] por agentes do mercado são uma forma de aquisição de poder econômico[25]. A partir da exploração, o agente dominante é capaz de gerar ou de intensificar a escassez desses bens e recursos naturais. Por isso, quando se analisa a relação entre defesa do meio ambiente e poder econômico, a escassez

[22] Artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal.
[23] NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: Introdução ao Direito Econômico. Op. cit., pp. 317-318, 319-320.
[24] Definição de bens comuns conforme nota de rodapé nº 2.
[25] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2ª edição revista e atualizada – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2021, p. 98.

dos bens em questão deve ser central para economistas e juristas[26], no intuito de formular políticas públicas destinadas a cumprir os objetivos constitucionais assumidos, possibilitando, até mesmo, a criação de estratégias distintas para a abordagem de mercados com recursos comuns (*common-pool resources* – CPR).[27]

Isso porque, muito além de impedir que outros concorrentes explorem os mesmos recursos, a escassez gerada pelo poder econômico em torno de bens comuns é capaz de impedir a geração de riqueza e o desenvolvimento econômico. Afinal, a exploração de recursos naturais a partir dessa lógica imposta pelos agentes economicamente dominantes tem como resultado o esgotamento de tais recursos.

Essa relação do poder econômico com a dominação e a exploração dos recursos naturais, além de ser um empecilho à consecução do objetivo constitucional assumido pelo Brasil quanto à preservação do meio ambiente, é ignorada pelas lentes da teoria econômica neoclássica, cujos métodos de análise antitruste ainda predominam no país e para a qual a principal – e, muitas vezes, a única – forma de manifestação do poder econômico se dá mediante capacidade de aumentar preços através da redução e da manipulação da oferta de bens ou serviços.[28] Dessa forma, de modo a superar esse empecilho à conquista de um de seus objetivos constitucionais, o Estado precisa lançar mão de todas as suas técnicas e ferramentas, não se dando ao luxo de dispensar o direito antitruste nesta tarefa.[29]

Conforme a definição de Paula Forgioni, o antitruste é uma técnica da qual o Estado lança a mão para alcançar seus objetivos[30], podendo ser visto como um instrumento a serviço da intervenção estatal no domínio econômico. Nesse mesmo sentido, Eros Grau[31] ressalta o caráter de dupla instrumentalidade do direito concorrencial. Isso porque, por um lado, busca organizar e orientar os fluxos e processos da economia de mercado e, por outro, pode ser

[26] Idem, p. 223.

[27] OSTROM, Elinor. Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems. Workshop in Political Theory and Policy Analysis, Indiana University, Bloomington, IN 47408, and Center for the Study of Institutional Diversity, **Arizona State University – Prize Lecture**, Dec. 8, 2009.

[28] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. Op. cit., p. 209.

[29] FARINA, Elizabeth. Prefácio IX. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**.. Barueri, Ed. Manole, 2009.

[30] Vide nota de rodapé nº 8.

[31] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 17ª edição, Ed. Malheiros, 2015, p. 33.

convertido em ferramenta para a intervenção nestes mesmos processos, funcionando como um "instrumento destinado ao desenvolvimento de políticas públicas". O antitruste pode, ainda, ser complementar à regulação setorial, corrigindo e preenchendo eventuais lacunas.

Assim, muito embora o antitruste seja uma ferramenta importante para concretizar políticas públicas, o que se viu nos últimos anos foi a ignorância acerca de seu caráter instrumental pelo CADE[32], o que culminou na pouca ou inexpressiva consideração de aspectos ambientais na análise concorrencial.[33] Isso se deve, em parte, ao fenômeno de desconstitucionalização do direito da concorrência no Brasil, que o manteve impermeável à consideração de argumentos com substrato constitucional, como a proteção do meio ambiente, a partir da adoção acrítica de postulados e de pressupostos epistemológicos da teoria econômica neoclássica.[34]

Tais pressupostos ganharam relevância na análise antitruste a partir da publicação, em meados da década de 1960, de trabalhos de juristas e economistas oriundos da chamada Escola de Chicago[35], que acabou ficando associada a uma interpretação demasiadamente consequencialista do direito concorrencial.[36] O foco da Escola de Chicago concentra na criação de supostas eficiências na análise antitruste e no fator preço refletido ao consumidor final, sob o fundamento de que a perseguição de outros valores seria inviável em razão da sua vagueza e indeterminação, o que resultaria em um verdadeiro paradoxo.[37] Dessa forma, criou-se o que

[32] Gaban e Domingues desenvolveram pesquisa que comprovou que o CADE, nos últimos anos, deu mais ênfase a argumento microeconômicos, ao invés de endereçar outras preocupações que seriam próprias do antitruste. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. Edição – Ed. Saraiva, 2016. p. 123.

[33] Vale dizer que a (in)experiência do CADE na análise tanto de outras questões ambientais como do marketing ambiental enganoso será tratada de maneira mais detida no Capítulo 4. "[…] é inexpressiva a ocorrência de discussão substancial da questão ambiental na análise de estruturas e condutas realizada pelo Cade.". CRIVELARI, Aline. **O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste**. Op. cit. p. 131.

[34] SCHUARTZ, Luis Fernando. **A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência**. 2008, p. 2. Disponível: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 16.05.2021.

[35] BORK, Robert. Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act, **Journal of Law and Economics**, 1966. Nessa obra, Bork, um dos maiores expoentes da Escola de Chicago, sugere que a intenção do Congresso norte-americano ao editar o Sherman Act seria a proteção ao bem-estar do consumidor.

[36] ANDRADE, José Maria Arruda De. **Economicização do Direito Concorrencial** – Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2014, p. 63.

[37] O paradoxo antitruste apresentado na obra de Bork consiste no fato de que a aplicação do antitruste impediria a formação de estruturas benéficas, a partir de economias de escala benéficas ao consumidor. BORK, Robert H., **The Antitrust Paradox**: A Policy at War with itself, New York, Free Press, 1978.

seria posteriormente conhecido como o padrão dominante de análise antitruste: a busca pelo bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) como o seu único objetivo.

Segundo Fox[38], essa interpretação foi responsável pela redução dramática do escopo do antitruste, retirando-lhe o seu componente político. Partilhando de uma visão semelhante, Ana Frazão[39] afirma que a interpretação neoclássica - justificada por Bork e pelos demais acadêmicos ligados à Escola de Chicago como uma forma de obter segurança jurídica e previsibilidade - não foi capaz de entregar tais objetivos, sendo, responsável por "um grande reducionismo" e pela "incorporação irrefletida do utilitarismo econômico" na análise antitruste. A ciência jurídica e toda a sua complexidade estariam, por sim, subordinadas a aspectos de microeconomia comprovados por modelos matemáticos complexos e pouco sensíveis à realidade econômica.

Sendo assim, para que o *marketing* ambiental enganoso e outras infrações concorrenciais oriundas da relação entre o poder econômico e a dominação e exploração dos recursos naturais possam ser coibidas, é necessária a superação desse paradigma antitruste. Até mesmo porque ele desconsidera não só valores e princípios constitucionais de aplicação mandatória, mas também relevantes formas de manifestação do poder econômico. Impede-se, nessa linha, que o direito concorrencial atue como um instrumento para a intervenção estatal em prol de seus objetivos político-ideológicos.

## 3. Aspectos concorrenciais do *marketing* ambiental enganoso

Neste capítulo, serão abordados os aspectos concorrenciais do *marketing* ambiental enganoso, expondo-se, no Tópico 3.1, as distorções competitivas relevantes que podem ser observadas. Será observado, ainda, no Tópico 3.2, a qual *standard* probatório a conduta se submete. Todavia, antes de adentrar nestes assuntos, cabe estabelecer distinção importante entre

[38] FOX, Eleanor M. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In **Post-Chicago developments in antitrust law**. CUCINOTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e BERGH, Roger Van Den (Edition). Edward Elgar Publishing Limited. 2002, pp. 76-78.

[39] FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2017, p. 39.

concorrência desleal e infração concorrencial, situando-se a conduta analisada como uma espécie da segunda, e não da primeira.

A repressão à concorrência desleal encontra fundamento em nosso ordenamento jurídico, sobretudo, na Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), e tem por objetivo a proteção dos concorrentes e da coletividade contra os excessos da concorrência.[40] Já a repressão a infrações concorrenciais tem por fundamento a tutela de outros bens jurídicos, dentre eles, a proteção da concorrência, em si, bem como a garantia do "bom fluxo de relações econômicas" e o mercado.[41] Em outras palavras, a concorrência desleal se ocupa do concorrente, ao passo que o antitruste se ocupa da concorrência, o que não quer dizer que, em decorrência da mesma conduta, não possa haver, simultaneamente, prejuízos aos bens jurídicos tutelados por ambas.

Assim, pelo fato de o *marketing* ambiental enganoso, espécie do gênero *marketing* enganoso, ser tido como um dano difuso, que diz respeito, portanto, a uma coletividade, e não a um indivíduo em específico[42], tem-se que a prática da conduta analisada se relaciona muito mais com a proteção da concorrência do que com a proteção de um concorrente determinado. Por essa razão, cuida-se de problema do direito concorrencial, e não do subsistema que disciplina a concorrencial desleal.

### 3.1. Distorções competitivas relevantes

Conforme já explorado no artigo, há uma relação entre o exercício de poder econômico e a degradação do meio ambiente, mediante uma lógica de exercício deste poder de forma abusiva a partir da geração de escassez em recursos naturais, o que implica não só no impedimento de que outros concorrentes explorem estes recursos, mas contribui para o seu esgotamento. Esta lógica, portanto, mostra-se contrária ao conceito de desenvolvimento sustentável. Neste tópico, tendo como ponto de partida a constatação de que o poder econômico pode ser exercido de maneira distinta da simples manipulação da oferta e da demanda pelo

[40] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste** – 11ª edição revista e atualizada, Ed. Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, 2021, p. 251.

[41] Idem, p. 252-253.

[42] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O Novo Regime das Relações Contratuais., Op. cit., p. 910.

preço, serão abordadas as distorções competitivas próprias do *marketing* ambiental enganoso, que são basicamente duas.

A primeira delas se refere à obtenção de vantagem competitiva indevida do agente econômico em relação aos seus concorrentes, na medida em que confere visibilidade positiva de sua marca perante os consumidores, os quais, conforme estudos recentes apresentados[43], valorizam cada vez mais atributos ambientalmente positivos em suas decisões de compra. Tal vantagem é indevida, pois é obtida a partir da indução do consumidor a erro[44], uma vez que seriam irrelevantes ou inexistentes os benefícios ambientais anunciados.

A outra distorção relevante e objeto da tutela concorrencial é a exposição do consumidor e da coletividade a produto lesivo ao meio ambiente, com base na assimetria de informações, que pode, inclusive, intensificar essa exposição e, consequentemente, a degradação ambiental. Tal distorção, a um só tempo, implica em violação ao dever constitucional de defesa do consumidor (CF, artigo 170, inciso V), na medida em que o expõe a produtos que podem ser nocivos para a sua própria saúde, e de defesa do meio ambiente (CF, artigo 170, inciso VI), pois, ao fim e ao cabo, intensifica também a relação de dominação e de exploração dos recursos naturais exercida pelos agentes econômicos dominantes, de maneira a aumentar o seu poder de mercado.

### 3.2 Potencial lesivo: ilícito per se ou regra da razão?

Se "a relação entre poder no mercado e comportamento no mercado se dá intensamente também no sentido inverso", a constatação da existência de poder de mercado pode ser útil, inclusive, para determinar a licitude ou não de determinada conduta.[45] Nesses casos, no decorrer da análise da conduta pela autoridade antitruste, identificada a materialidade, a verificação da existência de poder de mercado do agente econômico é essencial para a caracterização da infração à ordem econômica, nos termos da Lei de Defesa da Concorrência.[46]

---

[43] Vide notas de rodapé nº 6 e 7.

[44] Vide nota de rodapé nº 14.

[45] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2ª edição revista e atualizada – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2021, p. 223.

[46] O enquadramento da conduta no art. 36, § 3º, da Lei 12.529/2011 será promovido no decorrer do capítulo 5.

No caso do *marketing* ambiental enganoso, alguns fatores podem contribuir na avaliação da existência de poder de mercado. Por exemplo, a confiabilidade da empresa e a respeitabilidade da marca perante os consumidores, uma vez que tais circunstâncias, se presentes, intensificam a assimetria de informações e permitem que esses mesmos consumidores tomem o *marketing* ambiental enganoso como verdadeiro. Outro fator a ser levado em consideração seria o volume de produção ou a participação de mercado do agente infrator, o que pode contribuir para que os impactos ambientais da conduta se façam ainda mais presentes. Além disso, há uma presunção de que condutas anticompetitivas de agentes dominantes geram efeitos ainda mais nocivos à concorrência.

Desse modo, muito embora, no direito do consumidor, a publicidade enganosa seja tida como um dano difuso "facilmente presumível"[47], no âmbito concorrencial, mostra-se delicada a associação do *marketing* ambiental enganoso a um "*standard* probatório" mais simplificado[48], como o adotado pela regra *per se*. Isso porque, conforme discorre Ana Frazão, a formulação dessa regra "exige uma convicção consolidada dos efeitos nocivos de determinadas práticas, obtida a partir de reiteradas análises da conduta pela autoridade de defesa da concorrência".[49]

Na hipótese analisada neste trabalho, como se trata de conduta ainda não abordada pelo CADE, e dada a inexpressiva consideração de questões ambientais na análise antitruste[50], a avaliação da conduta deve ocorrer sob a regra da razão. Como será mais bem detalhado adiante, deve-se analisar os efeitos potenciais e concretos no mercado para se verificar a lesividade (real ou potencial) da conduta para a caracterização do ilícito.

---

[47] MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O Novo Regime das Relações Contratuais. Op. cit., p. 910.

[48] Segundo Ana Frazão, "a regra per se e a regra da razão nada mais são do que padrões analíticos construídos pelas autoridades de defesa da concorrência ao julgar condutas potencialmente lesivas à ordem econômica.". Para a autora, trata-se de "standards probatórios, que facultam ao órgão antitruste, a depender da conduta examinada, recorrer a uma análise mais ou menos detalhada das variáveis envolvidas no caso concreto.". FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e perspectivas.Op. cit., pp. 289-290.

[49] Idem, p. 291.

[50] CRIVELARI, Aline. "**O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste**". Op. cit. p. 131.

## 4. *Marketing* ambiental enganoso como prática anticompetitiva

O *marketing* ambiental enganoso - seja pela perspectiva ambiental, consumerista ou concorrencial - tem se apresentado como um problema cada vez mais relevante nos últimos anos. Isso porque a preocupação ambiental do consumidor e a sua disposição a adquirir produtos sustentáveis é cada vez maior e tem um papel cada vez mais importante no momento da aquisição e escolha de um produto no mercado.[51] Seja em razão dos preocupantes índices de degradação ambiental, seja em razão do maior investimento em conscientização da população, certo é que a demanda por produtos sustentáveis tem crescido ao longo dos últimos anos.

No tópico 4.1, serão apresentados aspectos da experiência internacional e medidas tomadas pelas autoridades de outros países, especificamente, da Nova Zelândia e dos Estados Unidos, para endereçar a análise de práticas de *marketing* ambiental enganoso por agentes de mercado. No tópico 4.2, serão apresentados casos instaurados em outras jurisdições e que enfrentaram o tema, em especial, o emblemático caso conhecido como o escândalo dos motores a diesel da Volkswagen, que envolveu veículos vendidos em diversos países do mundo, incluindo o Brasil. Por fim, no tópico 4.3, serão apresentados aspectos relacionados à (in)experiência do CADE com relação à apuração de questões voltadas à proteção do meio ambiente e que podem ter efeitos sob a perspectiva concorrencial.

### 4.1. Da experiência internacional sobre o marketing ambiental enganoso

Como se deve imaginar, a preocupação relacionada a práticas enganosas envolvendo *marketing* ambiental não é exclusiva do Brasil. Em diversos outros países, o *marketing* ambiental enganoso tem igualmente ganhado destaque, na medida em que a

[51] Pesquisa realizada pela Millward Brown em 2015, em parceria com a empresa Tetra Pak, aponta que mais de 75% dos entrevistados considera que o desempenho tem influência sobre a marca de bebida e que há demanda crescente por produtos sustentáveis. A pesquisa entrevistou consumidores de doze diferentes países (Brasil, China, França, Alemanha, Japão, Índia, Rússia, África do Sul, Suécia, Turquia, Reino Unido e EUA). No Brasil, 51% dos entrevistados afirmaram que procuram informações nas embalagens se o produto é ecologicamente correto e 86% deles acreditam que as embalagens com menos impacto ambiental agregam valor à marca. Além disso, 59% dos entrevistados brasileiros reconhece que os consumidores estão atentos aos rótulos das embalagens ecologicamente corretas. Disponível em: http://www.tecnologiademateriais.com.br/portal/noticias/outros/2015/julho/AMBIENTE.html. Acesso em 18.5.2021.

associação de um produto, serviço ou empresa a atributos relacionados à sustentabilidade ou a benefícios ao meio ambiente pode resultar em vantagem competitiva.

Há jurisdições mais avançadas com relação à discussão do tema e que já chegaram até a publicar guias e diretrizes específicas sobre o assunto. A agência reguladora e fiscalizadora da concorrência da Nova Zelândia, a *New Zeland Commerce Commission*, em 2008, publicou um guia especialmente para tratar de *marketing* ambiental enganoso: o *The Fair Trading Act: Guidelines for Green Marketing*.[52] Mais recentemente, em julho de 2020, a Comissão publicou novo guia em substituição ao anterior, de título *Environmental Claims Guidelines*.[53] O novo guia contém orientações similares às contidas no guia de 2008, mas agora incluem novas orientações relacionadas ao uso de termos e palavras específicas que tem ganhado destaque, como "orgânico", "livre de" e "compostável" .[54]

A ideia central do antigo e do novo guia publicado pela Comissão neozelandesa reside no fato de que os consumidores precisam confiar na veracidade das afirmações apresentadas pelas empresas em relação a determinado produto para que possam tomar decisões de compra suficientemente informadas. Sob o *Fair Trading Act*[55], portanto, é ilícito promover um bem ou serviço com base em informações infundadas ou que não possam ser suficientemente comprovadas. Isso significa que as empresas que veiculam informações devem ser capazes de demonstrar (*reasoable grounds*) tais características veiculadas.[56]

---

[52] Vide website oficial da New Zeland Commerce Commission. Disponível em: https://comcom.govt.nz/business/dealing-with-typical-situations/making-accurate-claims. Acesso em 16.5.2021.

[53] Environmental Claims Guidelines – A guide for traders. Publicado pela New Zeland Commerce Commission em julho de 2020. Disponível em: https://comcom.govt.nz/__data/assets/pdf_file/0017/220247/Environmental-claims-guidance-July-2020.pdf. Acesso em 15.5.2021.

[54] Por exemplo, se você vende produtos rotulados ou comercializados como "orgânicos" na Nova Zelândia, precisa ser capaz de comprovar que esses produtos são, de fato, orgânicos e foram produzidos organicamente. Da mesma forma, se você afirma que seus produtos são 'orgânicos e certificado', você deve ser capaz de apresentar o certificado para comprovar tal afirmativa.

[55] O Fair Trading Act 1986 contém uma série de restrições relacionadas à veiculação de marketing pelas empresas, de modo a garantir a maior transparência no mercado e o comércio "justo". As Seções 9 a 12 da lei contêm proibições gerais contra práticas de enganosidade. Em relação ao marketing ambiental, as restrições previstas no Fair Trading Act significam que as empresas devem avaliar cuidadosamente o uso de certas afirmativas em ações de marketing. As diretrizes da Comissão mencionam cuidado, em particular, com relação ao uso de termos como "verde", "ambientalmente correto", "reciclável", "eficiência energética", "neutro em carbono", "renovável" ou "energia verde", por exemplo.

[56] Mesmo se uma afirmativa for verdadeira, ela ainda pode violar o Fair Trading Act se uma empresa não for capaz de demonstrar a veracidade de tais características de forma razoável. O requisito de comprovação se aplica independentemente de a alegação ser falsa ou enganosa. O ponto importante é que, antes de fazer uma alegação relacionada a um bem ou serviço, as empresas devem estar suficientemente munidas de informações que

O guia da *New Zeland Commerce Commission* estabelece que as empresas devem ter em mente alguns princípios no momento de veicular informações que sugiram que um produto é sustentável. Embora tais orientações não sejam juridicamente vinculantes, fato é que o guia sinaliza de que forma a Comissão interpretará as normativas legais em um caso em concreto. As referidas orientações estabelecem, entre outras, que os agentes do mercado devem considerar a interpretação que um "consumidor médio" teria sobre o conteúdo publicizado. Tais agentes devem, ainda, evitar, ao máximo, fazer afirmações vagas ou ambíguas, sendo importante delimitar, inclusive, se a afirmativa acerca do caráter sustentável se refere apenas a uma parte do produto ou a uma etapa do processo de produção ou ciclo de vida. Ademais, o anunciante deve possuir evidências, pesquisas, certificações, resultados de testes ou quaisquer dados confiáveis para demonstrar a veracidade das informações vinculadas a determinado produto, sendo importante manter registros coletados ao longo do processo de produção. Por sua vez, recomenda-se utilizar linguagem simples e clara, evitando vocabulário científico ou técnico que possa comprometer o entendimento do consumidor. Por fim, impõe-se considerar a impressão geral do anúncio, sem confiar em letras miúdas para corrigir potencial interpretação enganosa.[57]

Desde 1.7.2017, a *New Zeland Commerce Commission* recebeu, pelo menos, 94 denúncias relacionadas a prática de *marketing* ambiental enganoso, em sua maioria, alegando que os anúncios não puderam ser comprovados ou que as características indicadas sobre os produtos seriam falsas ou enganosas.[58] As multas relacionadas a violações do *Fair Trading Act* podem variar até US$ 600.000, para pessoas jurídicas, e até US$ 200.000, para pessoas físicas.

demonstrem que a alegação é correta e adequada. Vide Fact Sheet – Unsubsantiated representations, publicado pela New Zeland Commerce Commission em julho de 2018. Disponível em: https://comcom.govt.nz/__data/assets/pdf_file/0030/89850/Unsubstantiated-representations-Fact-sheet-July-2018.pdf. Acesso em 18.5.2021.

[57] 'Green marketing': new Commerce Commission guideline, publicado pelo MinterEllisonRuddWatts , em novembro de 2020. Disponível em: https://www.minterellison.co.nz/our-view/green-marketing-new-commerce-commission-guidelines. Acesso em 16.5.2021.

[58] New guidelines for making environmental claims, publicado em 27.8.2020, pela New Zeland Commerce Commission. Disponível em: https://comcom.govt.nz/news-and-media/bulletin/new-guidelines-for-making-environmental-claims. Acesso em 15.5.2021.

De modo semelhante, a *Federal Trade Commission* (FTC) dos Estados Unidos publicou *Guides for Use of Environmental Marketing Claims*[59] para direcionar e orientar as estratégias de *marketing* utilizadas por empresas ao anunciar os seus produtos como sustentáveis (*green*). Também sob a justificativa de que os consumidores norte-americanos têm se voltado ao consumo e à valorização de produtos "verdes", as diretrizes da FTC têm por objetivo promover um cenário de maior segurança tanto para os consumidores, que terão maior confiança de que as características anunciadas são verdadeiras, quanto para as empresas, que poderão pensar as suas estratégias comerciais com base nas orientações propostas.

Os chamados *Green Guides* foram inicialmente publicados em 1992 e foram atualizados em 1996, 1998 e, mais recentemente, em 2012. As orientações do guia incluem princípios ferais que se aplicam a eventuais alegações de *marketing* ambiental enganoso, bem como orientações sobre como os consumidores tender a interpretar determinada informação, de modo que os profissionais de *marketing* possam estar atentos às formas de anúncios que poderiam vir a ser considerados enganosos. A atualização de 2012 do guia - assim como ocorreu com o guia publicado pela Comissão neozelandesa – estabeleceu orientações direcionadas a termos específicos e que ganharam força em debates recentes, tais como "renováveis" e "compensação de carbono".[60]

No Brasil, não há até o momento guia ou maiores orientações sobre o tema, a exemplo das diretrizes publicadas pelas autoridades da Nova Zelândia e dos Estados Unidos. Em específico, o CADE não chegou a publicar orientações ou mesmo proferiu declarações em conferências ou debates que possam, de alguma forma, sinalizar o entendimento da autoridade sobre o assunto. Com isso, a intepretação que a autoridade pode dar ao enfrentar questões relacionadas à prática de *marketing* ambiental enganoso é ainda nebulosa, o que, no fim das contas, prejudica a promoção de uma agenda ambiental baseada em previsibilidade e segurança jurídica.

[59] Guides for the Use of Environmental Marketing Claims; Final Rule, publicado pelo FTC, em 11.10.2021. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/federal_register_notices/guides-use-environmental-marketing-claims-green-guides/greenguidesfrn.pdf. Acesso em 18.5.2021.

[60] Vide website oficial do FTC, que publicou tópico relacionado aos Green Guides, intitulado Environmentally Friendly Products: FTC's Green Guides. Disponível em: https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/truth-advertising/green-guides. Acesso em 18.5.2021.

### 4.2. Casos emblemáticos no plano internacional

Ao longo dos últimos anos, têm sido cada vez mais recorrentes casos que envolvem *marketing* enganoso voltado a questões ambientais. Um caso emblemático sobre o tema refere-se ao que ficou conhecido como "*Dieselgate*" ou como o escândalo dos motores a diesel da Volkswagen, que envolveu produtos vendidos em diversos países do mundo, incluindo o Brasil. Em síntese, em 2009, a Volkswagen começou a comercializar carros a diesel que, em tese, possuíam um sistema de baixa emissão de gases poluentes.

Após chamar a atenção de pesquisadores e de ser objeto de diversos testes pelo Conselho Internacional de Transporte Limpo em conjunto com a Universidade de West Virginia, nos Estados Unidos, descobriu-se, em 2015, um *software* instalado na central eletrônica dos carros da Volkswagen que alteravam as emissões de poluentes quando estes estavam em processo de vistoria. Por meio de dados como a posição do volante, velocidade, tempo de funcionamento e pressão barométrica, o *software* era capaz de identificar quando o veículo estava em testes de auditoria e, deliberadamente, baixava os níveis de emissão de poluentes.

Após descoberta a fraude, em 18.9.2015, o governo dos Estados Unidos abriu um processo criminal contra a Volkswagen, acusando a empresa de burlar a regulamentação do país relacionada a emissões de gases poluentes. Dias depois, a montadora admitiu o erro e indicou que o dispositivo que altera os resultados sobre emissões de poluentes não teria sido utilizado somente em veículos vendidos nos Estados Unidos, mas em 11 milhões de veículos a diesel espalhados por todo o mundo.[61]

Em outubro de 2015, o escândalo chegou ao Brasil: a Volkswagen Brasil anunciou que 17 mil veículos possuiriam o *software* utilizado para burlar as normativas ambientais. Em novembro de 2015, o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente – Ibama multou a montadora em R$ 50 milhões e o Procon-SP anunciou multa no valor de R$ 8,3 milhões. Em 2017, a

[61] Em maio de 2017, a revista científica Nature publicou uma pesquisa que indicou que o "excesso" de emissões de poluentes de veículos a diesel fabricados pela Volkswagen teria resultado em 38.000 mortes prematuras em todo o mundo em 2015. Disponível em: https://g1.globo.com/carros/noticia/escandalo-da-volkswagen-completa-2-anos-estudo-atribui-5-mil-mortes-ao-ano-na-europa.ghtml. Acesso em 15.5.2021.

montadora foi condenada em 1ª instância a pagar R$ 1,09 bilhão a título de indenização aos proprietários de carros com o dispositivo. Mais recentemente, em fevereiro de 2019, o Departamento de Proteção ao Consumidor concluiu a sua investigação sobre o caso e aplicou multa no valor de R$ 7,2 milhões à montadora.[62] Além das penalidades enfrentadas no Brasil, a montadora foi multada ou celebrou acordos com as autoridades em diversos outros países em razão do descumprimento de normas ambientais e da realização de *marketing* ambiental enganoso.

Um ponto interessante sobre esse caso é que, no Brasil, a Volkswagen foi condenada e/ou sancionada em diversas searas do direito (*i.e.*, ambiental, consumerista e foi condenada pelo poder judiciário ao pagamento de indenização), mas não enfrentou qualquer investigação sob a perspectiva antitruste. Importante notar que, ainda que não tenha sido efetivamente provocado a apurar a questão, se fosse do interesse, o CADE poderia ter instaurado investigação *ex officio* para apurar possível infração à ordem econômica decorrente da prática de *marketing* ambiental enganoso pela montadora e os seus potenciais efeitos deletérios no mercado.

Outro caso interessante sobre o tema cinge uma investigação do FTC para apurar suposta prática de *marketing* ambiental enganoso relacionada a produtos ditos "orgânicos". Em setembro de 2017, ao encerrar o caso, o FTC entendeu que a empresa Moonlight Slumber LLC teria deturpado uma série de alegações contidas no seu *website* e na embalagem relacionadas a vendas de colchões de bebês. A empresa, enganosamente, teria afirmado que os colchões comercializados eram "orgânicos" quando, na verdade, a maioria substancial do conteúdo desses colchões era não orgânica.[63]

Na Nova Zelândia, uma fabricante de sacos plásticos para lixo foi condenada pelo Tribunal Distrital de Auckland por violar o *Fair Trading Act* neozelandês. A Eco-Pal foi multada em US$ 60.000,00 por ter, enganosamente, indicado que as suas sacolas eram

[62] "'Dieselgate': veja como escândalo da Volkswagen começou e as consequências", publicada em 5.2.2019. Disponível em: http://g1.globo.com/carros/noticia/2015/09/escandalo-da-volkswagen-veja-o-passo-passo-do-caso.html. Acesso em 17.5.2021.

[63] "FTC Approves Final Consent Order in Moonlight Slumber, LLC Advertising Case", publicado em 12.12.2017, no website official do FTC. Disponível em: https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/12/ftc-approves-final-consent-order-moonlight-slumber-llc. Acesso em 16.5.2021.

biodegradáveis e adequadas para a compostagem doméstica. A publicidade dos produtos veiculava ainda o *slogan* "Aqui hoje... desaparecido amanhã" (no original, "*Here today... gone tomorrow*). A propaganda das sacolas plásticas comercializadas pela Eco-Pal dava a impressão de que o produto se degradaria em um período razoavelmente curto de tempo, no entanto, embora a informação fosse tecnicamente correta (em razão da característica oxibiodegradável das sacolas), a degradação não aconteceria em um curto espaço de tempo como fazia parecer a propaganda e dependeria ainda de certas condições de descarte. Meses antes, outra empresa, a Pacrite Industries Limited, havia sido multada pelo mesmo Tribunal em $ 30.000,00 por prática semelhante, também envolvendo sacolas plásticas.[64]

Vale notar que, diferentemente do que ocorre no Brasil, o FTC e a *New Zeland Commerce Commission* desempenham tanto funções relacionadas à defesa da concorrência quanto à defesa do consumidor. Na estrutura brasileira, há uma verdadeira separação e autonomia entre as autoridades e órgãos relacionados ao Sistema de Defesa da Concorrência e ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.[65]

Fato é que casos como esses, relacionados à prática de *marketing* ambiental enganoso, são cada vez mais comuns, tendo em vista o crescente interesse e demanda dos consumidores por produtos entendidos como "ecologicamente corretos". Nesse contexto, é importante que as autoridades públicas, de modo geral, invistam maior atenção a práticas dessa natureza, que envolvem aspectos não apenas consumeristas e ambientais, mas também voltados à própria dinâmica do mercado e à ordem econômica.

### 4.3. A (in)experiência do CADE

Até o momento, as atividades do CADE com relação à apuração de questões voltadas à proteção do meio ambiente e que podem ter efeitos sob a perspectiva antitruste são

**64** "Rubbish bag company fined heavily for misleading environmental claims", publicado em 19.11.2013, no website oficial da New Zeland Commerce Commission. Disponível em: https://comcom.govt.nz/news-and-media/media-releases/2013/rubbish-bag-company-fined-heavily-for-misleading-environmental-claims

65 BESSA, Leonardo Roscoe; DE MOURA, Walter José Faiad. Coordenação de Juliana Pereira da Silva. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf. Acesso em 18.5.2021.

inexpressivas, para não dizer ausentes. Como explicado nos capítulos anteriores, a prática de *marketing* ambiental enganoso tem um caráter multifacetário, que compreende não apenas as esferas consumerista e ambiental, como também a de defesa da concorrência. Embora a conduta possa ser enquadrada como infração à ordem econômica, a depender dos seus efeitos no mercado, a atuação da autoridade brasileira de defesa da concorrência é ainda bastante tímida.

Conforme se depreende do resultado de pesquisa empírica realizada em 2018 - que analisou de que forma o CADE aborda questões relacionadas ao desenvolvimento sustentável e argumentos ambientais – a atuação do CADE "tem-se projetado de forma inexpressiva" sobre esse tópico[66]. Ao analisar o conteúdo de documentos que contivessem menção a termos relacionados à questão ambiental, a pesquisa confirmou a "quase ausência" de discussão substancial do assunto na análise antitruste. Nessa linha, o que se tem é que não há, até o momento, qualquer processo administrativo, procedimento preparatório ou inquérito administrativo que tenha sido instaurado pelo CADE para investigar alegadas práticas de *marketing* ambiental enganoso e eventuais efeitos que tal conduta podem ensejar na dinâmica dos mercados.

Um ponto que merece destaque levantado pela mesma pesquisa diz respeito ao fato de que 43% dos integrantes e ex-integrantes do CADE que enviaram resposta a um questionário que abordava diversas perguntas sobre a possível interação entre o direito da concorrência e o direito ambiental acreditam que o *marketing* ambiental enganoso deveria ser considerado infração à ordem econômica ou uma das causas do resultado danoso à ordem econômica, desde que tenha como desdobramento algum dos efeitos previstos em quaisquer dos incisos do *caput* do artigo 36, da Lei 12.529/2011.[67]

Como se nota, os resultados encontrados pela pesquisa se contrapõem, quando comparadas as manifestações relacionadas ao tema nos precedentes do CADE e as opiniões dos integrantes e ex-integrantes da autarquia. De um lado, o CADE não aborda de forma substancial, na quase totalidade dos casos, aspectos de cunho ambiental na análise antitruste,

[66] CRIVELARI, Aline. **O Papel do Antitruste Brasileiro na Consecução do Desenvolvimento Sustentável: A Abordagem da Questão Ambiental na Análise Antitruste**. Op. Cit., p.115.

[67] De acordo com a mesma pesquisa, "31,25% dos respondentes assinalaram opção de resposta que afirmava que o marketing ambiental enganoso não deve ser considerado na análise antitruste, pois sua apreciação foge ao escopo de tal análise".

de outro, a maior parte das pessoas que lá trabalham e que, por sua vez, analisam os casos e redigem as decisões, pareceres e notas técnicas é receptiva à abordagem da questão ambiental na análise concorrencial.

Nesse contexto, é evidente que o debate e a maior discussão sobre o tema são importantes para o melhor desenvolvimento do assunto no Brasil. A publicação de diretrizes, a realização de discussões sobre o tema e a instauração de investigações relacionadas a práticas de caráter (inicialmente) ambiental e que podem resultar em prejuízos à ordem econômica podem reduzir os incentivos a práticas como a de *marketing* ambiental enganoso. Além de benefícios relacionados à proteção da livre concorrência e ao consumidor, especialmente em um país rico em biodiversidade como o Brasil, a prevenção a esse tipo de conduta enseja não apenas benefícios econômicos, mas também de caráter social.[68]

## 5. Do possível enquadramento do *marketing* ambiental enganoso nos termos da Lei 12.529/2011

É nesse contexto e entendendo que a abordagem de questões ambientais pode ter repercussões sobre a ordem econômica, passar-se-á a explorar a seguir o possível enquadramento da conduta do *marketing* ambiental enganoso como hipótese de infração prevista nos incisos do *caput* do artigo 36, da Lei 12.529/2011 ou, ainda, outras implicações que a conduta pode ensejar na análise concorrencial, tal como a sua relevância enquanto fator agravante a ser considerado no cálculo da dosimetria da pena, nos termos do artigo 45, da lei antitruste.

No tópico 5.1, serão apresentadas hipóteses de enquadramento da prática de marketing ambiental enganoso como infração à ordem econômica, nos termos do caput do artigo 36, da Lei 12.529/2011 e nos incisos do seu § 3º. Já no tópico 5.2, serão apresentadas

[68] A importância de orientações e discussões relacionados à sustentabilidade no enforcement antitruste foi destacado por Vinícius Marques de Carvalho e Tilman Kuhn em artigo de duas partes publicados em janeiro e fevereiro de 2021, pelo website Jota. Disponíveis em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrencia-regulacao/a-sustentabilidade-no-enforcement-antitruste-do-brasil-e-da-uniao-europeia-25022021 e https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/fronteiras-concorrencia-regulacao/sustentabilidade-no-enforcement-antitruste-do-brasil-e-da-uniao-europeia-28012021. Acesso em 15.5.2021.

possíveis outras implicações do *marketing* ambiental enganoso na análise antitruste, em especial, na dosimetria das multas aplicadas pela autoridade.

### 5.1. Enquadramento nos incisos do artigo 36, § 3º, da Lei 12.529/2011

Como explicado ao longo desse artigo, o *marketing* ambiental enganoso tem caráter multifacetário e prejudica não apenas o consumidor e o meio ambiente, como também a livre concorrência. Certo é que, por meio de artifícios como a veiculação de propaganda de conteúdo enganoso, que visam vantagens competitivas, os *players* podem distorcer as condições concorrenciais de determinado mercado, infringindo dispositivos da Lei 12.529/2011.

A prática de *marketing* ambiental enganoso pode configurar, portanto, infração à ordem econômica, na medida em que tenha por objeto ou possa produzir (ainda que potencialmente) quaisquer dos efeitos elencados nos incisos do *caput* do artigo 36, da Lei 12.529/2011, quais sejam: (i) limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Para analisar práticas realizadas por uma empresa de forma unilateral no mercado (como é o caso do *marketing* ambiental enganoso), o CADE recorre à metodologia de análise denominada "regra da razão".[69] A regra da razão é uma forma de evitar que condutas que são eminentemente competitivas e positivas ao consumidor venham a ser consideradas infração à ordem econômica. Por meio de tal regra, o CADE analisa a prática comercial contrapondo potenciais efeitos deletérios e efeitos benéficos para se verificar a potencial lesividade da conduta. Se não houver efeitos deletérios no mercado ou se a prática gerar mais eficiências que malefícios, pode-se defender que tal prática não configuraria uma violação à Lei de Defesa da Concorrência.[70]

[69] Em sua obra clássica, Paula Forgioni explica: "Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição per se). A contrario sensu, são permitidas as práticas que não impliquem obstáculo desarrazoado ao livre comércio" (FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 197 e 198).

[70] Em outras palavras, a regra da razão exige que a autoridade antitruste realize uma avaliação detalhada da conduta investigada, o que inclui a análise da estrutura do mercado na qual a conduta é praticada, os efeitos

Considerando que, em uma investigação relacionada à prática de *marketing* ambiental enganoso, a autoridade antitruste deverá se valer da metodologia da regra da razão para avaliar a tipicidade da conduta, alguns elementos para a análise são importantes e devem ser, de início, avaliados, sob pena de descaracterização imediata do ilícito concorrencial. O principal cinge mensurar o poder de mercado do agente investigado. Isso porque "o direito antitruste volta-se a reprimir somente práticas capazes de colocar em risco a ordem concorrencial[71]", de modo que uma conduta apenas configurará um ilícito se tiver o condão de influenciar (ainda que potencialmente) variáveis do mercado.

Nessa linha, para a avaliação adiante referente à possibilidade de tipificação de *marketing* ambiental enganoso como ilícito concorrencial, parte-se da premissa que o *player* investigado possui poder de mercado, sendo, portanto, capaz de unilateralmente causar prejuízos à ordem econômica e, em última instância, ao consumidor. Em adição a isso, deve-se ter em mente que uma conduta somente seria infração à ordem econômica se, de fato, puder causar dano ao mercado, de modo que a duração e a abrangência da conduta pode ser um diferencial na análise.

Dito isso, passar-se-á a analisar se a prática de *marketing* ambiental enganoso por um agente com poder de mercado configuraria, ao menos em tese, infração à ordem econômica, nos termos do artigo 36, da Lei 12.529/2011, e se poderia ser enquadrado em quaisquer dos incisos do § 3º, que abrange uma lista de práticas que podem configurar ilícitos concorrenciais - embora seja apenas um rol exemplificativo.

Se for o caso, por exemplo, de uma empresa lançar um produto no mercado, anunciando-o como "ecologicamente correto", poder-se-ia falar em um novo mercado relevante.[72] Na hipótese de o agente criar um mercado - valendo-se, inclusive, de estratégia de *marketing* para ressaltar que o produto é inovador do ponto de vista ambiental - e que as características vinculadas a tal produto sejam enganosas, é possível que a conduta resulte na criação de barreiras artificiais à entrada de concorrentes. De outro lado, caso se imagine que o

potenciais e concretos da prática, os propósitos que justificam a sua adoção, eventuais eficiências, entre outros fatores (FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo, saraiva, 2017, p. 290).

[71] Idem, p. 296.

[72] Ato de concentração 08012.008877/2011-82. Requerentes: Carrier Corporation e GD Midea Holding Co Ltd.. Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis. Aprovado sem restrições em 3.4.2013.

produto sustentável não pertence a um mercado relevante distinto do produto "comum", poder-se-ia entender que a conduta resulta na diminuição do valor da marca dos concorrentes, tendo em vista que o fator sustentabilidade tem sido crescentemente associado à qualidade dos produtos.

Nesse contexto, seja qual for o cenário analisado, a prática de *marketing* ambiental enganoso poderia configurar os ilícitos previstos no artigo 36, inciso I e no seu § 3º, incisos III e IV, da Lei 12.529/2011. Certo é que não seria possível falar em concorrência pelo mérito no caso ilustrado, tendo em vista que o agente estaria criando dificuldades consideráveis, a partir de estratégias de *marketing*, para o livre desenvolvimento das atividades dos concorrentes.

Outro cenário cinge a hipótese do 36, inciso I e no seu § 3º, inciso VII. Ao veicular estratégia comercial enganosa, promovendo um produto como se sustentável fosse, o agente estaria se valendo de "meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros", nos termos da lei. Isso porque, como se sabe, a escolha do consumidor por determinado produto envolve não apenas a variável preço, mas também os fatores relacionados à inovação e à qualidade.[73] Tendo em vista que o fator "sustentabilidade" pode ser entendido como um elemento de qualidade e que agrega valor ao produto, os seus concorrentes podem se ver forçados a reduzir os seus preços para se mostrarem competitivos no mercado, de modo a "compensar" o fato de que seus produtos não seriam ecológicos. Sendo assim, os preços dos *players* do mercado tenderiam a oscilar em razão de estratégia enganosa praticada por seu concorrente.

Importante notar que o rol de condutas elencados no § 3º, do artigo 36, da Lei 12.529/2011 é meramente exemplificativo, o que significa dizer que quaisquer práticas que possam (ainda que potencialmente) resultar nos efeitos previstos no *caput* podem ser consideradas práticas anticompetitivas, nos termos da legislação concorrencial. Sendo assim, para que seja enquadrada como infração à ordem econômica, basta que a prática de *marketing*

[73] OCDE. Sustainability & Competition Law and Policy – Background Note by Julian Nowag; 2020. Disponível em:https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2020)3&docLanguage=En. Acesso em 18.5.2021.

ambiental enganoso possa resultar em algum dos efeitos descritos pelo *caput* do artigo 36, ainda que não se adeque a nenhum dos exemplos listados pelo § 3º.

### 5.2. Outras implicações do marketing ambiental enganoso na análise antitruste

Além de poder ser considerada infração à ordem econômica autônoma, nos termos do artigo 36, da Lei 12.529/2011, a prática de *marketing* ambiental enganoso poderia ainda implicar em outros desdobramentos na análise antitruste. No julgamento de processos administrativos nos quais se investigue quaisquer práticas anticompetitivas, a depender das circunstâncias do caso concreto, pode ser que a prática de *marketing* ambiental enganoso não configure, por si só, infração à ordem econômica. Nesse cenário, ainda assim a conduta seria relevante para a análise concorrencial.

Na pesquisa empírica realizada em 2018 - que buscou avaliar o entendimento dos integrantes e ex-integrantes do CADE a respeito de eventual interação entre o direito ambiental e o direito antitruste - 12,5% dos respondentes se manifestaram no sentido de considerar o *marketing* ambiental enganoso como fator agravante na avaliação da gravidade da conduta e na dosimetria da pena aplicável, desde que a prática demonstrasse algum dos efeitos elencados no *caput* do artigo 36, da Lei 12.529/2011.[74]

É nesse contexto que se entende que, no controle de condutas, a prática de *marketing* ambiental enganoso pode ensejar desdobramentos no que diz respeito à dosimetria da pena. A minuta de Guia de Dosimetria publicada pelo CADE, em julho de 2020, propõe possíveis intepretações para os incisos do artigo 45, da Lei de Defesa da Concorrência.[75] A partir de uma avaliação em abstrato, poder-se-ia considerar a prática de *marketing* ambiental enganoso como agravante nos termos do inciso V, que estabelece que as penas deverão levar

[74] CRIVELARI, Aline. O **Papel do Antitruste Brasileiro na Consecução do Desenvolvimento Sustentável: A Abordagem da Questão Ambiental na Análise Antitruste**. Op. Cit., p.144.

[75] Minuta de Guia – Dosimetria de multas de cartel, publicado em 2020, pelo CADE. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20estende%20prazo%20para%20contribuições%20à%20versão%20preliminar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel__Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf. Acesso em 18.5.2021.

em consideração o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros.[76]

O guia busca ilustrar o texto normativo e promover um cenário de maior previsibilidade e segurança jurídica ao indicar a metodologia aplicada pela autoridade brasileira para o cálculo das multas. Nessa linha, o guia explica que, com relação ao inciso V, do artigo 45, a autoridade deve considerar os impactos diretos negativos da conduta em políticas públicas estratégicas do país. Em se tratando de prática que envolve questões de cunho ambiental, abrangendo inclusive aspectos relacionados a direitos coletivos e princípios constitucionais, certo é que a lesão (ou perigo de lesão) à economia nacional, aos consumidores e aos terceiros, em especial, é substancial e iminente.

Além disso, a depender do caso em concreto, é possível que o CADE aborde a prática de *marketing* ambiental enganoso sob outras perspectivas, tais como no âmbito de análises de atos de concentração e de celebração de Termos de Compromisso de Cessação, por exemplo.

A prática de *marketing* ambiental enganoso pode não apenas desencorajar e prejudicar a atuação dos concorrentes em um determinado mercado, mas também contribuir com maiores índices de degradação ambiental. Haja vista serem de grande importância para a agenda de defesa do meio ambiente, práticas como essa merecem especial atenção. Eventual publicidade enganosa nesse contexto fará com que os indivíduos adquiram produtos na crença de que estão beneficiando o meio ambienta quando, na verdade, há pouco ou nenhum benefício.

## 6. Conclusão

A questão ambiental permeia o interesse coletivo e tem ganhado especial importância nos últimos anos em razão do verdadeiro cenário de "emergência climática" no qual o mundo se coloca. Como consequência da adoção de medidas voltadas à sustentabilidade por agentes de Estado e organizações internacionais, as empresas também passaram a se engajar

[76] Art. 45, da Lei 12.529/2011: Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: [...] V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiro.

(ou passaram, ao menos a ter o interesse) em promover um modelo de produção e consumo que fosse ecologicamente sustentável, até porque os consumidores têm se mostrado cada vez mais sensíveis à questão ambiental no momento da aquisição de um produto.

Nesse contexto, a prática de *marketing* ambiental enganoso surge como uma estratégia comercial de caráter multifacetário, que pode abranger não apenas infrações sob a perspectiva consumerista, mas também ambiental e concorrencial. Ao se valer da vinculação de informações inverídicas a produtos amplamente comercializados no mercado, certo é que um agente econômico poderia obter vantagem indevida, distorcer a dinâmica do mercado e, em última instância, prejudicar não apenas o consumidor em específico, como também a coletividade. Somado a isso, a prática de *marketing* ambiental enganoso contribui com a lógica de dominação e de exploração de recursos naturais, ao contrário do paradigma adotado pelo Brasil a partir da Constituição de 1988.

A preocupação relacionada a práticas enganosas envolvendo *marketing* ambiental não é exclusiva do Brasil. Diversos países têm enfrentado a questão de forma mais específica e já chegaram a publicar orientações e, inclusive, guias sobre o tema. A agência reguladora e fiscalizadora da concorrência da Nova Zelândia, a *New Zeland Commerce Commission*, e o FTC são exemplos de autoridades que têm promovido esforços no sentido de conscientizar as empresas não apenas das possíveis repercussões legais da prática de *marketing* ambiental enganoso, mas também dos efeitos negativos que tais estratégias podem gerar no meio ambiente.

Ao contrário de algumas jurisdições do mundo, as atividades do CADE com relação à apuração de questões voltadas à proteção do meio ambiente e que podem ter efeitos sob a perspectiva antitruste são inexpressivas, para não dizer ausentes. Nesse contexto, é evidente que o debate e a maior discussão sobre o tema são importantes para o melhor desenvolvimento do assunto no Brasil.

A partir de uma visão do direito antitruste como instrumento para o alcance da efetivação dos objetivos do próprio Estado e dos princípios constitucionais (dentre os quais se destaca a proteção do meio ambiente e da livre concorrência), buscou-se apresentar os potenciais aspectos concorrenciais que envolvem a prática de *marketing* ambiental enganoso. Isso porque, a depender da posição e da relevância de determinado agente econômico no

mercado, a conduta pode produzir os efeitos (ainda que potenciais) elencados no *caput* do artigo 36, configurando infração à ordem econômica. De forma ainda mais específica, a conduta poderia se enquadrar em hipóteses do rol exemplificativo elencado no § 3º do artigo 36, nos incisos III, IV e VII.

Por fim, a prática de *marketing* ambiental enganoso poderia ainda implicar em outros desdobramentos na análise antitruste, ensejando desdobramentos no que diz respeito à dosimetria da pena, como fator agravante da multa aplicável, nos termos do artigo 45, da Lei de Defesa da Concorrência.

Seja como for, certo é que a publicação de diretrizes, a promoção de discussões relevantes sobre o tema e a instauração de investigações relacionadas a práticas de caráter ambiental são importantes para o melhor desenvolvimento da política de defesa da concorrência à luz dos princípios e objetivos constitucionais. Além de benefícios relacionados à proteção da livre concorrência e ao consumidor, especialmente em um país rico em biodiversidade como o Brasil, a prevenção a esse tipo de conduta enseja não apenas benefícios econômicos, mas também benefícios de caráter social.

**Referências bibliográficas**

ANDRADE, José Maria Arruda De. **Economicização do Direito Concorrencial,** Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2014.

BESSA, Leonardo Roscoe; DE MOURA, Walter José Faiad. Coordenação de Juliana Pereira da Silva. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf.

BORK, Robert. *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, ***Journal of Law and Economics***, 1966.

BORK, Robert H., ***The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself***, New York, Free Press, 1978.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08700.002792/2016-47. Requerentes: Banco Bradesco S.A., Banco do Brasil S.a., Banco

Santander e outros. Conselheiro relator: Paulo Burnier da Silveira. Aprovação condicionada à celebração de ACC, em 09.11.2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.008877/2011-82. Requerentes: Carrier Corporation e GD Midea Holding Co Ltd.. Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis. Aprovado sem restrições em 3.4.2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Minuta de Guia – Dosimetria de multas de cartel, publicado em 2020. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/Cade%20estende%20prazo%20para%20contribuições%20à%20versão%20preliminar%20do%20Guia%20de%20Dosimetria%20de%20Multas%20de%20Cartel__Minuta_Guia_de_dosimetria.pdf.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Relatório Nosso Futuro Comum**, 1987. Disponível em: http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm.

CRIVELARI, Aline. **O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste**. 2018. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/34341.

FARINA, Elizabeth. Prefácio IX. In: FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; SALOMÃO FILHO, Calixto; NUSDEO, Fabio (org.). **Poder econômico: direito, pobreza, violência, corrupção**". Barueri, Ed. Manole, 2009.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste,** 11ª edição revista e atualizada, Ed. Thompson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2021.

FOX, Eleanor M. *Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In* ***Post-Chicago developments in antitrust law***. CUCINOTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e BERGH, Roger Van Den (Edition). Edward Elgar Publishing Limited. 2002, pp. 76-78.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2017, p. 39.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 4. Edição – Ed. Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 17ª edição, Ed. Malheiros, São Paulo, 2015.

HESSE, Konrad. ***Escritos de derecho constitucional***, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O Novo Regime das Relações Contratuais – 8ª edição revista, atualizada e ampliada. Ed. Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

NOVA ZELÂNDIA. ***Environmental Claims Guidelines*** *– A guide for traders.* Publicado pela *New Zeland Commerce Commission* em julho de 2020. Disponível em: https://comcom.govt.nz/__data/assets/pdf_file/0017/220247/Environmental-claims-guidance-July-2020.pdf.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: Introdução ao Direito Econômico**. Ed. Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2016.

OCDE. ***Sustainability & Competition Law and Policy*** *– Background Note by* Julian Nowag; 2020. Disponível em:https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2020)3&docLanguage=En.

OSTROM, Elinor. Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems. ***Workshop in Political Theory and Policy Analysis***, Indiana University, Bloomington, IN 47408, and *Center for the Study of Institutional Diversity*, Arizona State University – Prize Lecture, Dec. 8, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2ª edição revista e atualizada – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2021.

SCHUARTZ, Luis Fernando. ***A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*.** 2008, p. 2. Disponível: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 16.05.2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. (Trad. de Laura Teixeira Motta). Ed. Companhia das Letras, 2010.

# 11. *PINK TAX*: AS AUTORIDADES ANTITRUSTE PODEM ENDEREÇAR QUESTÕES DE GÊNERO NA ANÁLISE DE CONDUTAS DE DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS?

## *11. PINK TAX: CAN ANTITRUST AUTHORITIES ADDRESS GENDER IN THE ANALYSIS OF CONDUCT RELATED TO PRICE DISCRIMINATION?*

Fernanda Duarte Calmon Carvalho e Mariana Fontoura da Rosa

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. BREVES NOTAS SOBRE A CONDUTA DE DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS. 3. TAXA ROSA – O FENÔMENO DA DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO VIA PREÇO. 4. POTENCIAIS EFEITOS PRÓ E ANTICOMPETITIVOS DA DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS POR GÊNERO. 4.1. Potenciais efeitos pró competitivos da discriminação de preços por gênero. 4.2. Potenciais efeitos anticompetitivos da discriminação de preços por gênero. 5. A POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE UMA LENTE DE GÊNERO NA ANÁLISE DA TAXA ROSA COMO POTENCIAL CONDUTA ANTICOMPETITIVA SOB A ÓTICA DA LEI 12.529/2011. 6. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** O presente artigo visa abordar a *pink tax* como potencial conduta anticoncorrencial, considerando seus efeitos pró e anticompetitivos, a fim de analisar de que forma as autoridades antitrustes podem adotar uma lente de gênero e endereçar uma nova ótica na análise de condutas de discriminação de preços.

**ABSTRACT:** *The present paper aims to address the Pink Tax as a potential competitive practice, considering its pro and anti-competitive effects, and analyze how the antitrust authorities could adopt a gender lens and address a new perspective in its analysis of price discrimination conducts.*

## 1. Introdução

A discriminação de preços com base no gênero é uma forma de segregação econômica que ocorre quando bens ou serviços idênticos têm preços diferenciados em razão unicamente do gênero do consumidor.

De forma geral, pode-se afirmar que os produtos endereçados para o público feminino são alvos dessa discriminação de preço com maior frequência do que os

produtos endereçados ao público masculino e, consequentemente, pode-se afirmar também que o público feminino absorve mais os efeitos negativos advindos desta conduta.

Como exemplo, podemos citar o estudo "*From Cradle to Cane: The cost of being a female consumer*"[1], realizado pelo *New York City Department of Consumer Affairs* que concluiu que, em média, os produtos comercializados para o gênero feminino custam 7% (sete por cento) mais caro do que produtos similares comercializados para o gênero masculino.[2]

Neste sentido, a precificação diferenciada com base em gênero é constatada em diversos setores, tais como seguros, serviços de lavanderia, cabeleireiro, boates, roupas e produtos de cuidados pessoais, dentre outros. Seguindo esta lógica, "*Pink Tax*" ou "Taxa Rosa" foi a expressão dada para a prática de mercado consistente na maior precificação de produtos femininos em comparação aos produtos masculinos equivalentes. Vale ressaltar que, apesar do termo "*tax*", a conduta não tem relação com o conceito jurídico de tributo, conforme definição do art. 3º do Código Tributário Nacional[3], mas sim com o fato de que determinados fornecedores precificam seus produtos de forma diversa a depender de seu gênero-alvo.

A legalidade da discriminação de preços com base no gênero tem sido objeto de debate nos Estados Unidos e na União Europeia, principalmente, desde a década de 1990, com a finalidade de constatar se a precificação baseada em gênero é uma forma ilegal de discriminação de preços e/ou gênero.[4]

De forma objetiva, poder-se-ia considerar, de acordo com estudos elaborados ao longo desse período, que serão detalhados no decorrer deste artigo, que os efeitos pró-

---

[1] Disponível em https://www1.nyc.gov/assets/dca/downloads/pdf/partners/Study-of-Gender-Pricing-in-NYC.pdf. Acesso em 13 de abril de 2021.

[2] Idem.

[3] Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

[4] TRÉGOUËT, Thomas. **International Journal of Industrial Organization**, Volume 42, 2015, P. 34-45. Disponível em https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167718715000685?via%3Dihub. Acesso em 26 de abril de 2021.

competitivos da conduta de discriminação de preços em decorrência da Taxa Rosa seriam, principalmente, o aumento do bem-estar do consumidor como um todo e possíveis eficiências econômicas advindas da conduta.

Por outro lado, tem-se que os potenciais efeitos anticompetitivos de tal conduta poderiam ser o aumento injustificado de preço de produtos e serviços similares; o incentivo à discriminação de gênero; e a redução do poder aquisitivo por parte das consumidoras, com consequente aumento da desigualdade de gênero.[5]Desta forma, no contexto da atual discussão sobre a necessidade de as autoridades antitrustes adotarem uma "*gender lens*" ou lente de gênero[6] para se verificar como o direito antitruste poderia abordar a questão da Taxa Rosa e se, no caso do Brasil, ela pode ser considerada uma conduta anticompetitiva sob a ótica da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), o presente artigo visa responder a seguinte pergunta de pesquisa: de que forma as autoridades antitrustes podem endereçar o gênero na análise de condutas de discriminação de preços?[7]

---

[5] Destaca-se que o presente artigo se baseia na teoria de Becker (1975) que entende que a discriminação de gênero encontra espaço, principalmente, em mercados não competitivos, uma vez que em mercados competitivos a discriminação de gênero não é sustentável visto que demanda altos custos. Uma segunda premissa assumida para elaboração deste artigo dispõe que a relação entre gênero e concorrência é bidimensional, ou seja, a concorrência pode auxiliar na redução da desigualdade de gênero, enquanto a redução da desigualdade de gênero pode ocasionar o aumento da concorrência (Estefania Santacreu-Vasut e Cris Pike, 2018). Nesse sentido, assume-se que a discriminação de gênero e o aumento da desigualdade de gênero podem ser considerados como potenciais efeitos anticompetitivos, uma vez que, conforme as teorias citadas, elas podem ocasionar a redução da concorrência no mercado. Não obstante, cabe mencionar, apenas para fins de esclarecimento amplo sobre o tema, que para algumas escolas do pensamento antitruste, não há que se falar em discriminação de gênero nas análises antitruste, pois ela não afeta a eficiência alocativa dos recursos, logo, tratar-se-ia de matéria fora do escopo do direito concorrencial. Entretanto, vale destacar que não perfaz o escopo do presente trabalho a discussão pormenorizada se a discriminação de gênero e a desigualdade de gênero geram, per se, efeitos anticompetitivos no ambiente concorrencial.

[6] Atualmente, há crescente discussão da necessidade de adoção de uma lente de gênero no direito antitruste, vide, por exemplo: Pike, Chris. What's gender got to do with competition policy, OECD on the Level, March 2018. Disponível em: https://oecdonthelevel.com/2018/03/02/whats-gender-got-to-do-with-competition-policy/. Acesso em 03 de maio de 2021; Organisation for Economic Co-operation and Development. Global forum on competition. Competition policy and gender. 06 de novembro de 2018. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)4/en/pdf. Acesso em 04 de junho de 2021; e ATHAYDE, Amanda; CAVALCANTI, Mariana Piccoli L. Gênero e Antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência. **Portal Jota**, 25 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/genero-antitruste-25022021. Acesso em 05 de maio de 2021.

[7] Ressalte-se que, para fins do presente artigo e em razão da limitação de seu escopo, parte-se do pressuposto que, para a realização de uma análise precisa e igualitária, as autoridades antitruste necessitam abordar a questão de gênero em suas análises de condutas anticompetitivas e controle de estruturas, acrescentando-se, ainda, que não perfaz o escopo do presente trabalho a discussão pormenorizada se a

Pode-se intuir como hipótese inicial que as autoridades antitruste poderiam considerar uma lente de gênero em suas análises de discriminação de preços em decorrência da Taxa Rosa, de forma a verificarem os reais efeitos causados por essa prática ao público feminino. Assim, de forma preliminar, pode-se afirmar que a adoção de uma lente de gênero poderia fazer com que as autoridades antitruste visualizem os efeitos anticompetitivos causados por questões de gênero, o que, por fim, poderia ocasionar uma melhora no ambiente competitivo de forma geral. Para tanto, se faz necessária uma mudança de cultura e jurisprudência, com consequente criação de novas metodologias e aplicação de uma lente de gênero para análise deste tipo de conduta.

Tal afirmação está, inicialmente, fundamentada no fato de que a Taxa Rosa nada mais é do que a venda de produtos e serviços similares com preços diferenciados em razão do gênero do consumidor, razão que não aparenta ter justificativas legítimas que a sustentem. Acrescenta-se, ainda, o fato de que a legislação brasileira, mais especificamente o inciso X do artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência, é claro ao determinar que a discriminação de preços, de forma geral, é uma infração à ordem econômica, passível de condenação. Neste sentido, como a Lei de Defesa da Concorrência trata de discriminação de preços de forma ampla, apenas definindo como fixação diferenciada de preços, entendemos que o referido inciso é perfeitamente aplicável à Taxa Rosa, que nada mais que é uma fixação diferenciada de preços conforme o público-alvo.

Assim, para responder à pergunta de pesquisa no capítulo 2 serão apresentadas breves notas sobre a conduta de discriminação de preço. Já no capítulo 3, serão apresentadas considerações gerais sobre o fenômeno da Taxa Rosa. No capítulo 4, serão apresentados os potenciais efeitos pró e anticompetitivos da discriminação por gênero. No capítulo 5, será verificada a possibilidade de adoção de uma lente de gênero na análise da Taxa Rosa como potencial conduta anticompetitiva sob a ótica da Lei 12.529/2011. Ao final, serão apresentadas as conclusões do presente artigo.

discriminação de gênero e a desigualdade de gênero geram, per se, efeitos anticompetitivos no ambiente concorrencial.

## 2. Breves notas sobre a conduta de discriminação de preços

Para que se entenda o fenômeno da Taxa Rosa, seus efeitos e consequências às pessoas do gênero feminino, é importante definir o que é a conduta de discriminação de preços e como ela é endereçada no Brasil.

Neste capítulo, portanto, serão apresentadas as definições de discriminação de preço, suas distinções de acordo com a literatura quanto ao grau de discriminação e quanto às preocupações que ensejam e, por fim, como tal conduta é endereçada pelas autoridades antitruste brasileiras.

Em síntese, a discriminação de preços ocorre quando dois produtos similares ou equivalentes que possuem o mesmo custo marginal de produção são precificados de forma distinta. Essa precificação distinta pode se basear em diferentes aspectos como características do comprador, comportamento do comprador ou características do produto.

A literatura diferencia[8], de forma geral, a discriminação de preços em três graus distintos de discriminação. O primeiro grau também é chamado de discriminação perfeita, na qual o fornecedor cobra de cada consumidor o seu respectivo preço de reserva, ou seja, toda venda será realizada pelo maior preço que o consumidor está disposto a pagar. Essa discriminação de preços perfeita é considerada inviável no mundo real, uma vez que os fornecedores não possuem meios de determinar o preço de reserva de cada consumidor e cobrá-los individualmente com base nisso.

Na discriminação de segundo grau, o fornecedor, por ser incapaz de identificar e segregar os consumidores de acordo com sua disposição a pagar, oferece uma gama de diferentes versões do produto ou serviço e o consumidor fica a cargo de escolher o que mais lhe agrada.

Por sua vez, na discriminação de terceiro grau, o fornecedor consegue segregar clientes em grupos de acordo com características em comum observáveis e

[8] OECD (2016). "Price Discrimination" Background note by the Secretariat. Disponível em https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf. Acesso em 13 de abril de 2021.

disposições a pagar, precificando cada grupo de forma distinta (como exemplo podemos citar os preços distintos para estudantes e para residentes de determinada área).

Além da classificação acima, a discriminação de preços também pode ser segmentada conforme as preocupações que podem ensejar.[9] As preocupações de primeira linha referem-se aos danos que podem ser causados aos rivais da firma discriminatória, causando, consequentemente, danos à concorrência e afetando os consumidores indiretamente. As preocupações de segunda linha são aquelas que afetam os consumidores diretamente. Por fim, as preocupações de terceira linha referem-se àquelas em relação à justiça/preços justos ou objetivos de *policy*.

Importante ressaltar que essa última categoria de preocupações abrange preocupações não apenas restritas aos danos que a discriminação de preços pode causar na concorrência, mas, principalmente, distorções causadas no conceito de justiça e tratamento dos consumidores de forma justa e igualitária. Nesse sentido, refere-se às discriminações de preços com base, principalmente, em gênero, raça ou incapacidade, ou seja, características que não deveriam ser a causa de uma precificação distinta, uma vez que podem ser efetivamente consideradas discriminações contra aquele grupo de pessoas.

Entretanto, apesar de parecer evidentemente injusta, a discriminação de preços apenas com base em gênero, raça ou incapacidade pode não ser tão facilmente detectada, uma vez que é extremamente complexa a análise de todas as variantes que estão envolvidas na precificação de um produto ou serviço.

Acrescenta-se, ainda, que tal conduta vem se tornando cada vez mais comum com o avanço da economia digital, uma vez que os algoritmos podem identificar, classificar e precificar de forma diferenciada determinado perfil de consumidor ou consumidores, abrindo, assim, espaço para a ocorrência de discriminação sem qualquer ação humana que a dê causa.

Por outro lado, a discriminação de preços não é uma conduta necessariamente prejudicial à concorrência. Na realidade, em diversos casos ela pode trazer benefícios ao ambiente competitivo, tais como maior bem-estar econômico ao permitir que mais

[9] Idem.

consumidores tenham acesso àquele produto e permitir que consumidores com menor renda tenham a possibilidade de comprar determinado produto por um valor inferior. Isso ocorrerá, principalmente, a partir do momento que aqueles consumidores que pagam valores mais elevados estarão subsidiando a compra dos consumidores que estão dispostos a pagar um valor inferior.

Além disso, a discriminação de preços permite a otimização financeira de um negócio, a partir do momento que permite que empresas cobrem mais de certo tipo de consumidor que está disposto a pagar um preço mais elevado e, ao mesmo tempo, cobre menos de outra categoria de consumidores que não está disposta a pagar determinados preços. Nesse sentido, a estratégia de discriminação de preços é muito utilizada por diversas empresas, principalmente aquelas com menor poder de mercado, e frequentemente traz efeitos benéficos à concorrência.

Diante das preocupações que podem surgir de eventual discriminação de preços, a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, em seu artigo 36, prevê que se trata de uma conduta anticompetitiva passível de condenação:

> "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
> (...) X - Discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;".

Conforme jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)[10], a conduta de discriminação de preços não é um ilícito *per se*, uma vez que, conforme mencionado, trata-se de conduta comum no mercado, que pode ser motivada

[10] Vide Parecer 5/2021/CGEP/PFE-CADE-CADE/PGF/AGU no Processo Administrativo 08700.011835/2015-02; Nota Técnica 24/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE no Processo Administrativo 08700.006981/2005-17; Nota Técnica de Instauração do Processo Administrativo 08700.002600/2014-30; Nota Técnica 32/2018/CGAA4/SGA1/SG/SG/CADE no Procedimento Preparatório 08700.000511/2018-83.

por diversos fatores e causar efeitos benéficos para a concorrência, podendo, assim, ser plenamente legítima.

Desta forma, a discriminação de preços será sempre analisada pela regra da razão, uma vez que se faz necessária a verificação caso a caso para se avaliar as circunstâncias e efeitos da conduta em determinada ocasião.

Para que a conduta seja caracterizada como ilícito antitruste, o CADE, em uma análise regular, entende que é necessário que o agente econômico discriminador possua posição dominante no mercado relevante; haja prejuízo, ainda que potencial, à livre concorrência; e não existam justificativas objetivas para a prática que demonstrem racionalidade econômica legítima na conduta.

Nesse sentido, não é trivial o enquadramento da conduta de discriminação de preços como conduta anticompetitiva, uma vez que na maioria dos casos a conduta gera benefícios ao ambiente concorrencial.

Ainda, levando em conta a análise tradicional conduzida pelas principais autoridades antitruste, as discriminações de preço que levantam as preocupações de terceira linha, ou seja, discriminações não necessariamente mercadológicas, mas que causam distorções no tratamento igualitário dos consumidores por fatores como gênero e raça, dificilmente seriam consideradas ilícitos antitruste por poderem gerar maior bem-estar ao ambiente concorrencial como um todo.

Entretanto, seria justificável que um determinado grupo de pessoas, como o público feminino, na grande maioria dos casos, acabe sendo prejudicado por tal prática e acabe sofrendo os encargos ocasionados por esta conduta? Ou a discriminação de preços unicamente por conta do gênero não encontra razões legítimas que a justifiquem, devendo, assim, sofrer o escrutínio das autoridades antitruste por meio da aplicação de uma análise com base em uma lente de gênero?

Nesse cenário encontra-se a discussão da aplicação da lente de gênero na concorrência e a chamada Taxa Rosa, que serão tratadas nos tópicos seguintes do presente artigo.

## 3. Taxa rosa – O fenômeno da discriminação de gênero via preços

Definida a conduta de discriminação de preço, passa-se a necessária apresentação, de forma objetiva, do fenômeno da Taxa Rosa. Para tanto, o presente capítulo, além de definir a Taxa Rosa, tem como propósito abordar, de forma especial, os estudos internacionais produzidos até então sobre o tema, as razões pela qual a Taxa Rosa ocorre e como algumas autoridades estrangeiras estão endereçando o tema em suas jurisdições.

Inicialmente, cabe reforçar que, apesar do nome, a Taxa Rosa não se trata de qualquer taxa ou tributo incidente sobre o gênero feminino. Conforme dito anteriormente, Taxa Rosa é o nome dado à conduta de maior precificação de produtos e/ou serviços endereçados às mulheres em comparação àqueles equivalentes ofertados ao público masculino.

Até o momento, uma das melhores pesquisas que fez um levantamento da ocorrência da Taxa Rosa foi o estudo denominado "*From Cradle to Cane: The cost of being a female consumer*"[11], realizado pelo *New York City Department of Consumer Affairs*. Neste estudo, foram analisadas as diferenças de preços entre produtos comercializados direcionados ao público feminino em comparação aos mesmos produtos destinados ao público masculino. No total foram analisadas 35 categorias distintas de produtos, de 91 marcas em 24 lojas.

Os resultados deste estudo demonstraram que em 42% dos casos analisados, os preços de produtos femininos eram mais elevados do que os masculinos, 40% iguais e 18% mais baratos. Além disso, o estudo concluiu que, em média, os produtos femininos possuem preços 7% mais elevados que os masculinos, podendo chegar a 13% quando se trata de produtos de cuidados pessoais.

[11] BLASIO, B. de; MENIN, J. **From Cradle to Cane: The Cost of Being a Female Consumer**. 2015. Disponível em: https://www1.nyc.gov/assets/dca/downloads/pdf/partners/Study-of-Gender-Pricing-in-NYC. Acesso em 13 de abril de 2021.

Nessa realidade, há tempos discutem-se as causas pelas quais existe essa diferenciação de preços por gênero, quais seriam os reais motivos por trás desta conduta e se haveria alguma razão econômica que justifique a sua ocorrência e licitude.

Um dos principais motivos que pode dar ensejo a precificação maior de produtos voltados ao público feminino é a percepção e estereótipo da mulher como consumidora, ou seja, que ela possui uma maior disposição a pagar (*willingness to pay*) ou a comprar que o público masculino, possibilitando que as empresas aumentem os preços dos produtos femininos sem que isso resulte em perda de vendas, mas sim na otimização da comercialização de seus produtos.

Entretanto, como contraponto desse argumento, o instituto Nielsen já afirmou que

> "quando o assunto é economizar, as mulheres poupam mais que os homens em atividades como gastos com gás e eletricidade (70% vs. 57%), compras de roupas novas (65% vs. 46%), entretenimento fora de casa (65% vs. 57%) e troca de marcas de produtos de mercearia com melhor custo-benefício (53% vs. 35%). Depois que cobrem seus gastos essenciais, o que fazem com o dinheiro excedente? Elas investem em itens para melhorias do lar e roupas novas, enquanto eles compram novos produtos tecnológicos e pagam suas dívidas".[12]

Paralelamente, há o grande desafio de se determinar quando os produtos são realmente similares e quando eles realmente possuem alguma distinção que justifique a diferença de precificação.

Em alguns países e em determinados estados norte-americanos, já há legislações que proíbem a Taxa Rosa e jurisprudências que condenam tal conduta. Como exemplo, podemos citar o caso em que a Corte de Justiça da União Europeia considerou

[12] NILSEN. **Tendências de Consumo para a Mulher Brasileira**. 2016. Artigo. Disponível em https://www.nielsen.com/br/pt/insights/article/2016/tendencias-de-consumo-para-a-mulher-brasileira/. Acesso em 3 de maio de 2021.

ilegal a precificação distinta de seguros automotivos voltados às mulheres e aos homens. Já no estado de Nova York, em 2020, entrou em vigor uma lei que proíbe que qualquer indivíduo ou pessoa jurídica precifique produtos e serviços substancialmente similares[13] de forma distinta apenas com base no gênero.[14]

Nesse sentido, referida legislação instrui que para assegurar a conformidade com a lei, qualquer diferença de preço deve ser basear nos seguintes possíveis fatores: o tempo demandado; a dificuldade na execução; custos envolvidos; mão de obra utilizada; materiais/matérias primas utilizados; ou qualquer outra razão não relacionada ao gênero.

Entretanto, conforme exposto anteriormente, mesmo a Taxa Rosa podendo ser enquadrada na preocupação de terceira linha, uma vez que nada mais é que uma discriminação de preços com base em gênero, de modo geral, ainda pouco se tem visto ações efetivas de autoridades antitruste visando inibir ou sequer investigar tal prática.

Não obstante, atualmente cada vez mais se tem discutido sobre a necessidade de as autoridades antitrustes adotarem uma lente de gênero em suas análises tanto de condutas anticompetitivas (infrações à ordem econômica), quanto em controle de estruturas (atos de concentração econômica). Essa discussão se mostra muito relevante no sentido de evitar que as autoridades fiquem alheias ou passem por cima de diversos efeitos econômicos que certas condutas podem ocasionar, especialmente na população feminina, uma vez que parece ser evidente que diversas ações de agentes econômicos podem ser inofensivas à sociedade em geral ou à população masculina, mas extremamente prejudiciais às mulheres.

Além disso, em sociedades nas quais as mulheres sofrem diversos tipos de discriminação, uma análise de conduta que leve o gênero em consideração poderia demonstrar com mais clareza quais os reais efeitos dessas discriminações na vida das

[13] Conforme a referida legislação, produtos substancialmente similares são aqueles que possuem diferenças mínimas no material utilizado, uso, design, características e marca, por sua vez, os serviços substancialmente similares seriam aqueles que possuem diferenças mínimas no tempo demandado, dificuldade e custo envolvido.

[14] Disponível em https://www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-reminds-new-yorkers-pink-tax-ban-goes-effect-today. Acesso em 3 de maio de 2021.

mulheres e quais as diversas dificuldades que a sociedade impõe para a diminuição da desigualdade entre gêneros.

Dessa forma, questiona-se quais seriam os efeitos pró e anticompetitivos de uma conduta de discriminação de preços com base em gênero. O que também enseja o questionamento adicional se a estrita análise antitruste pelos métodos tradicionais seria suficiente para abarcar todas as nuances e preocupações que tal conduta pode causar na sociedade e especialmente na população feminina.

## 4. Potenciais efeitos pró e anti competitivos da discriminação de preços em decorrência do gênero

Uma vez definidos os conceitos da conduta de discriminação de preço e do fenômeno da Taxa Rosa, verifica-se o surgimento de uma nova conduta concorrencial possível de ser analisada: a discriminação de preço em decorrência do gênero do consumidor. Neste sentido, o objetivo deste capítulo é exemplificar potenciais efeitos prócompetitivos (item 4.1) e anticompetitivos (item 4.2) da conduta de discriminação de preços em decorrência do gênero.

### 4.1. Potenciais efeitos pró-competitivos da discriminação de preços por gênero

Analisando as condutas de discriminação de preços de forma geral, os principais efeitos prócompetitivos advindos de tal prática e que são utilizados em grande escala para justificar sua legitimidade são: o aumento do bem-estar do consumidor, com a possibilidade de aumento da gama de produtos disponível, e o aumento do acesso aos produtos mais baratos - que serão subsidiados pela compra daqueles produtos precificados de forma mais elevada e maior eficiência econômica, ao se otimizar o resultado financeiro de um negócio.

Assim, o bem-estar do consumidor é um dos principais efeitos pró-competitivos que pode ser gerado pela discriminação de preços. Desta forma, cabe definir bem-estar do consumidor como o interesse específico dos destinatários finais econômicos

do produto ou serviço que compõe o mercado relevante, não se confundindo com o bem-estar agregado ou com eficiência econômica.[15]

Por oportuno, cabe destacar que a Lei de Defesa da Concorrência não se presta a uma proteção direta do consumidor individual, mas sim indireta ou mediata, pois tem como pressuposto de incidência sempre condutas ou atos que gerem efeitos sobre o mercado como um todo. Assim, o bem-estar do consumidor possui extrema relevância para a política de defesa da concorrência, na medida em que conforma a atuação das respectivas autoridades de uma forma ampla.[16] Nesse contexto, de forma geral, poderíamos afirmar que, eventualmente, a discriminação de preços, inclusive a caracterizada pela segmentação de produtos e serviços por gênero, pode trazer efeitos líquidos benéficos, nas hipóteses em que operam aperfeiçoamentos no processo produtivo, agregando bem-estar aos consumidores como um todo, por terem acesso a um produto melhor e possibilitar que mais consumidores tenham acesso a um determinado produto.

No entanto, a partir do momento que esse suposto bem-estar é ocasionado por uma aumento de preços direcionado majoritariamente ao público feminino, prejudicando financeiramente as consumidoras finais, ou seja, quando ocorre o fenômeno da Taxa Rosa, afasta-se, ao nosso ver, a possibilidade do incremento do bem-estar do consumidor como um todo ser utilizado como argumento irrefutável em prol da legitimidade da Taxa Rosa, sendo necessária uma análise segmentada pelo fator gênero para constatação real do alegado efeito de bem-estar do consumidor.

Nesse sentido, principalmente no caso da Taxa Rosa, entende-se que o bem-estar do consumidor não deveria ser analisado com um viés generalista, mas sim com um viés específico sobre os efeitos para as pessoas do gênero feminino e masculino, de forma segmentada, em cada um dos mercados relevantes analisados, principalmente nos

[15] PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-26092011-104134. Acesso em: 17 de maio de 2021.

[16] Idem.

mercados em que já se sabe que a Taxa Rosa ocorre com maior frequência[17] ou naqueles mercados em que o equilíbrio é essencial para a redução da desigualdade de gênero[18], adotando assim a chamada lente de gênero.

Um segundo aspecto que se relaciona com o bem-estar do consumidor para poder justificar a discriminação de preços por gênero diz respeito à diferenciação de insumos e tecnologias. Alguns fornecedores tentam justificar a diferença de preço por gênero alegando que os produtos femininos seriam desenvolvidos com tecnologias e insumos mais caros, aumentando, consequentemente, o valor de mercado dos produtos ofertados.

Como exemplo, podemos citar uma entrevista concedida pela Gillette à Folha de S. Paulo, na qual a companhia afirma que

> "elementos como tipos de pele, comprimentos dos fios, área de alcance e ergonomia do aparelho, mostram que as lâminas femininas precisam ser projetadas de forma muito distinta dos produtos desenvolvidos para os homens".[19]

No entanto, no já citado estudo do *New York City Department of Consumer Affairs* constatou-se que, em muitas vezes, a única distinção entre os itens analisados era a cor ou detalhes estéticos, o que indica que, provavelmente, esse argumento de tecnologias e insumos mais caros utilizados em produtos femininos não seria aplicável em diversos casos. Tal constatação reforça, ainda, a necessidade de uma análise mais aprofundada sobre a Taxa Rosa e corrobora com nosso entendimento de que as

[17] Conforme dito anteriormente, a precificação diferenciada com base em gênero é constatada em diversos setores, tais como seguros, serviços de lavanderia, cabeleireiro, boates, roupas e produtos de cuidados pessoais, dentre outros.

[18] Como exemplo, podemos citar que o fechamento de escolas, creches e asilos, o que podemos chamar de mercado care, é um dos principais aspectos da crise decorrente da pandemia de COVID-19 que ampliará as desigualdades de gênero.

[19] Cunha, João. 'Pink tax' encarece produtos voltados para mulheres. **Folha de São Paulo**, julho 2016. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/07/1651761-pink-tax-encarece-produto-para-mulheres.shtml?cmpid=menupe. Acesso em 17 de abril de 2021.

autoridades antitruste devem analisar com mais atenção,utilizando uma lente de gênero neste tipo de conduta.

Destaca-se que a análise tradicional conduzida pelas autoridades antitruste em relação ao bem-estar do consumidor tende a sempre observar a ótica do público em geral. Entretanto, ao se desconsiderar a possibilidade da realização de uma análise econômica que adote uma lente de gênero, abre-se espaço para que diversas ocorrências de Taxa Rosa sejam consideradas legítimas por causarem um bem-estar econômico como um todo, sem a realização de uma análise mais aprofundada no sentido de verificar se o público feminino está sofrendo os maiores encargos e tendo o seu bem-estar reduzido em prol da ocorrência de um bem-estar geral.

Conclui-se, portanto, que a análise, além de ser realizada caso a caso, deve verificar, primeiramente, se a diferença de preços se justifica por diferença substancial no produto. Posteriormente, verificada a ocorrência de uma discriminação de preços apenas pelo fator gênero, é de suma importância uma análise mais aprofundada que leve em consideração um viés de gênero para se analisar o bem-estar causado por referida Taxa Rosa, não apenas na perspectiva do público em geral, mas também nos impactos causados especialmente no público feminino, principal afetado por tal prática.

No entanto, ao nosso ver, qualquer aumento nos preços de produtos e serviços que causem encargos apenas ao público feminino elimina, de forma definitiva, a possibilidade de sustentar o argumento de bem-estar do consumidor para defender a legalidade da Taxa Rosa, uma vez que no contexto da adoção de uma lente de gênero as condutas deveriam começar a ser analisadas não só no contexto do bem-estar geral do consumidor, mas também pela ótica segmentada de gênero.

Além desse fator, a discriminação de preços por gênero pode gerar a otimização do processo produtivo, uma vez que permite que empresas direcionem os consumidores a adquirirem produtos precificados de forma mais próxima ao seu preço de reserva, ou seja, empresas podem otimizar suas vendas ao cobrarem mais de certo tipo de consumidor que está disposto a pagar um preço mais elevado para ter um produto ou serviço específico para o seu gênero e, ao mesmo tempo, cobrarem menos de outra

categoria de consumidores que não está disposta a pagar determinado preço por esta segmentação.

Por fim, um outro possível argumento em prol da legitimidade da discriminação de preços por gênero diz respeito à ausência de dano às consumidoras, ou, quando existente, os danos seriam tão irrelevantes que não ensejariam uma reprovação da conduta ou sua reparação. Também é possível argumentar que se não houver barreira ou proibição para o consumidor comprar o produto mais barato, o consumidor deve encontrar valor agregado no produto mais caro e, portanto, não haveria uma discriminação real.

Quando analisado esse aspecto no mercado sem a segmentação por gênero, dificilmente diferenças mínimas de preços entre produtos causariam um dano relevante ao consumidor que se sobreponha aos outros benefícios que a discriminação de preços pode gerar. Entretanto, quando se analisa apenas os danos causados ao público feminino, sob a ótica da lente de gênero, os resultados tendem a ser diferentes.

Em um contexto socioeconômico em que as mulheres sofrem os mais diversos tipos de discriminação, recebendo salários menores, enfrentando dificuldades no mercado de trabalho, tendo o maior encargo das tarefas domésticas e ainda tendo que pagar preços maiores por produtos e serviços, é inegável que a Taxa Rosa pode ocasionar danos significativos.[20]

Nesse sentido, o já mencionado estudo realizado no estado de Nova York faz menção a outro estudo realizado em 1994 pelo estado da Califórnia que estimou que as californianas efetivamente pagam, anualmente, US$ 1.351 a mais que os homens pelos mesmos serviços, sem considerar a diferente precificação de produtos. Nesse sentido, é inegável os diversos impactos financeiros que a Taxa Rosa pode gerar ao longo da vida das mulheres, fazendo com que paguem uma quantia significativa a mais que os homens para compra dos mesmos produtos e serviços.Assim, reafirma-se que se faz necessária uma aplicação de uma ótica de gênero na análise dos danos causados às consumidoras pela Taxa Rosa, uma vez que os resultados de uma análise voltada aos danos causados

[20] MARIMPIETRI, F. (2017). **Pink Tax e o direito das consumidoras**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, (2016). Disponível em: https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4971. Acesso em 17 de abril de 2021.

aos consumidores em geral podem ser muito distintos dos resultados obtidos a se considerar os danos causados particularmente às consumidoras.

### 4.2. Potenciais efeitos anticompetitivos da discriminação de preços por gênero

Em relação aos efeitos anticompetitivos que podem ser ocasionados por uma conduta de discriminação de preços por gênero, além dos já mencionados no item anterior que somente podem aparecer quando aplicada uma lente de gênero da análise tradicional[21], verificam-se também o aumento injustificado de preço; o incentivo a discriminação de gênero via Taxa Rosa; e a redução do poder aquisitivo das mulheres, com consequente aumento da desigualdade de gênero, temas estes que serão tratados no presente item.

Quanto ao aumento injustificado de preço, diversos são os exemplos encontrados sem quaisquer justificativas plausíveis para a diferenciação de preço de produtos masculinos e femininos. Por exemplo, podemos citar a entrevista de Beto Almeida, Diretor Executivo do Interbrand de São Paulo, dada a Infomoney, na qual afirma que houve registro de casos onde os mesmos patinetes infantis custavam 20% (vinte por cento) mais caro porque tinham personagens para meninas, a despeito do custo de produção e licenciamento dos produtos serem os mesmos para os produtos femininos e masculinos.22

Entretanto, importante também destacar que, apesar de haver pesquisas que demonstram que produtos similares ou equivalentes são precificados de forma distinta com base apenas no gênero, na realidade, as diversas variáveis constantes na precificação de um produto ou serviço tornam extremamente complexo o exercício de verificar em análises práticas a ocorrência de precificação distinta apenas por questão de gênero.

---

[21] No item anterior tratou-se de redução do bem-estar das consumidoras em comparação ao bem-estar do consumidor em geral e danos econômicos suportados exclusivamente pelo público feminino em decorrência da Taxa Rosa.

[22] MARIMPIETRI, F. (2017). **Pink Tax e o direito das consumidoras**. Direito UNIFACS–Debate Virtual, (206). Disponível em: https://www.infomoney.com.br/wp-login.php?redirect_to=https%3A%2F%2Fwww.infomoney.com.br%2Fwp-admin%2F&reauth=1. Acesso em 17 de abril de 2021.

Neste aspecto, importante mencionar que não existe mecanismo para mensurar com exatidão como a indústria e varejo estipulam a diferenciação dos preços em produtos femininos. Entretanto, como já mencionado, um dos principais motivos que podem dar ensejo a precificação maior de produtos voltados ao público feminino é a percepção e estereótipo da mulher como consumidora, ou seja, que ela possui uma maior disposição a comprar e a pagar valores mais elevados.

Acrescenta-se, ainda, mais um grave e falacioso motivo para a aparente aceitação, pela sociedade, dos diferenciais de preços baseados no gênero: a percepção cultural discriminatória de que categorias de gênero são fixas e dualizadas[23] e que mulheres e homens realmente são tipos radicalmente diferentes de seres humanos, que precisam de produtos diferentes.

O desenvolvimento e a comercialização de produtos de gênero concebidos para cuidados pessoais também refletem e reforçam o pensamento essencialista sobre gênero, a partir do momento que pressupõem que mulheres são mais preocupadas com aparências do que homens, e, portanto, servem para reforçar as distinções estereotipadas de gênero.

Por fim, um último efeito anticompetitivo decorrente da conduta de diferenciação de preço via Taxa Rosa a ser abordado neste artigo diz respeito à redução do poder aquisitivo das mulheres e, consequentemente, o aumento da desigualdade de gênero, que se relacionam diretamente com os potenciais danos às consumidoras advindos da conduta, mencionados no capítulo anterior.

Estudos e observações realizados acerca da Taxa Rosa concluem, a partir de uma abordagem holística com fundamentos econômicos, que a precificação

[23] Tendo em vista a limitação de escopo deste artigo, a análise e pesquisa feita considerou apenas os gêneros feminino e masculino. No entanto, segundo a Comissão de Direitos Humanos de Nova York, existem, pelo menos, 31 (trinta e uma) identidades de gênero, entre elas estão: agênero, andrógino, gênero de fronteira, gênero fluido, gênero neutro, gender-queer, gênero em dúvida, gênero variante, hijra, gênero não conformista, butch, bigênero, não-binário, male to female (MTF), female to male (FTM), terceiro sexo, nenhum, homem, mulher, etc.

discriminatória baseada no gênero não impacta apenas o público feminino de consumo, mas também o sistema socioeconômico de forma geral.[24]

Ademais, podemos afirmar que a existência de disparidades de preços em decorrência da Taxa Rosa contribui para a desigualdade de gênero ao criar uma carga econômica que não existe para o gênero masculino e também ao reforçar os papéis de gênero no mercado.[25]

Em uma análise global, conforme já demonstrado em estudos aqui mencionados, a Taxa Rosa aumenta significativamente os gastos das mulheres em relação aos homens, em uma realidade na qual as mulheres ainda recebem salários significativamente menores para ocupar as mesmas funções.

Estudos feitos pela Universidade da Califórnia apontam que as mulheres que trabalham em tempo integral naquele estado ganham uma média geral de US$ 0,84 centavos por dólar em comparação com os homens que por lá também trabalham em tempo integral. Neste sentido, este estudo aponta que tais mulheres perdem, coletivamente, US$ 39 bilhões por ano com a disparidade salarial de gênero. Por outro lado, estas mesmas mulheres gastam, coletivamente, mais de US$ 41 bilhões a mais do que homens para comprar bens e serviços básicos.[26]

Conclui-se, portanto, que a Taxa Rosa, além de seu caráter notoriamente discriminatório, causa danos às mulheres ao reduzir o seu poder aquisitivo, impactando, principalmente, produtos e serviços essenciais, corroborando, consequentemente, com o aumento da desigualdade de gênero.[27]

---

[24] NORONHA, Ana Luíza; CHRISTINO, Juliana; e FERREIRA, Frederico. **Oportunismo do Mercado, Precificação, Discriminação e Gênero: Uma Revisão Sistemática sobre o Pink Tax**. Disponível em http://www.anpad.org.br/abrir_pdf.php?e=Mjg2MTA= . Acesso em 11 de maio de 2021.

[25] DUESTERHAUS, Megan; Grauerholz, Liz; Weichsel, Rebecca; Guittar, Nicholas A. (2011-12-07). "**The Cost of Doing Femininity: Gendered Disparities in Pricing of Personal Care Products and Services". Gender Issues**..

[26] SFORZA, Teri. 'Pink Tax' comes under fire after research shows women's products costlier than men's. **Los Angeles Daily News**. 17 de abril de 2016. Disponível em https://www.dailynews.com/2016/04/17/pink-tax-comes-under-fire-after-research-shows-womens-products-costlier-than-mens/. Acesso em 02 de abril de 2021.

[27] Em razão da definição e limitação do escopo do presente artigo, não iremos tratar da discussão sobre a aplicabilidade das lentes sugeridas pela OCDE, que consideram a realidade de países ricos e menos desiguais que o Brasil. Neste sentido, não abordaremos a discussão se haveria possibilidade, no caso

## 5. A possibilidade de adoção de uma lente de gênero na análise da taxa rosa como potencial conduta anticompetitiva sob a ótica da Lei 12.529/2011

Uma vez definidos os efeitos pró e anticompetitivos da discriminação de preços por gênero, se faz necessário analisar a possibilidade de adoção de uma lente de gênero no exame da Taxa Rosa como potencial conduta anticompetitiva, sob a ótica da atual legislação brasileira.

O capítulo detalhará se o modo como as autoridades brasileiras conduzem a análise da conduta de discriminação de preço é suficiente para abarcar a Taxa Rosa e quais as tendências estrangeiras para o endereçamento deste tema.

A luta pela igualdade de gênero é um dos desafios de nossa época. Embora tenha havido progresso em muitas áreas, a relação entre gênero e política de concorrência permanece amplamente inexplorada. No Brasil, não se tem registros de manifestações oficiais que enderecem o posicionamento das autoridades de defesa da concorrência sobre o tema.

De forma geral, a política de concorrência é analisada baseando-se em consumidores e empresas, governo e reguladores. Tradicionalmente, os consumidores são considerados apenas por sua disposição a pagar, suas preferências (racionais), seu bem-estar como um todo e sua capacidade de substituição entre produtos oferecidos pelas empresas[28]. Enquanto isso, as empresas são tratadas como entidades definidas pelos objetivos de maximização dos lucros de seus proprietários e apenas raramente vistas como grupos de pessoas. A política de concorrência pode ser considerada, portanto, amplamente cega quanto ao gênero e se orgulha de sua objetividade.[29]

---

brasileiro, de se criar apenas uma lente de gênero unidimensional para tratar dessas questões, sendo que, em razão da gritante desigualdade que vivemos, dificilmente conseguiríamos tutelar as mulheres negras e brancas, pobre e ricas da mesma forma.

[28] OCDE (2021). **Gender inclusive competition policy**. Disponível em: https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm. Acesso em 3 de maio de 2021.

[29] Idem.

No entanto, em 2018, a *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OCDE) começou a analisar se o uso de uma lente de gênero poderia, de fato, ajudar a entregar uma política de concorrência mais eficaz, identificando características adicionais relevantes do mercado e do comportamento dos consumidores e empresas, bem como se uma política de concorrência mais eficaz poderia ajudar a abordar questões de desigualdade de gênero.

O projeto de Política de Concorrência Inclusiva de Gênero da OCDE foi lançado com o apoio do governo canadense e, em particular, do *Canadian Competition Bureau*, que desenvolverá orientações sobre o tema para as agências de concorrência.

Neste sentido, muito se questiona sobre quais mudanças as agências de concorrência e formuladores de políticas podem fazer para construir uma política de concorrência inclusiva de gênero.

Conforme visto acima, as decisões das autoridades de concorrência, de uma forma geral, são motivadas predominantemente pela análise do conceito de padrão de bem-estar do consumidor. No entanto, o bem-estar do consumidor claramente não é maximizado e pode ser extremamente relativo a depender de que consumidor está sendo observado em um mercado injusto ou sujeito à desigualdade.

E é neste ponto que nos deparamos com a necessidade do aprimoramento da análise concorrencial com a perspectiva de uma lente de gênero, pois se um determinado mercado for distorcido devido a alguma forma de desigualdade de gênero ou se o mercado agravar a desigualdade de gênero, o bem-estar do consumidor, principalmente o feminino, será reduzido. Nestes termos, é indiscutível que recai sobre as autoridades da concorrência o ônus de repensar seus métodos de análise tradicionais e intervir.[30]

Conforme dito acima, no Brasil inexiste legislação ou jurisprudência concorrencial específica sobre o tema da Taxa Rosa. No entanto, de uma forma geral, a Lei de Defesa da Concorrência brasileira é clara ao dispor que constitui infração à ordem

[30] LONG, Sarah. Gender Inequality, Market Distortion and Consumer Welfare: A Call to Action for Competition Authorities, **Journal of European Competition Law & Practice**, Volume 10, Issue 5, May 2019, Pages 267–268. Disponível em: https://academic.oup.com/jeclap/article/10/5/267/5506813. Acesso em 7 de maio de 2021.

econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de discriminar adquirentes de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços – o que, ao nosso entender, abarca também a discriminação de preço por gênero, ou Taxa Rosa.

Ao longo de todo este artigo, apresentamos potenciais efeitos prós e contras ocasionados pelo fenômeno da Taxa Rosa e, neste momento, questionamos se existem reais motivos para que as autoridades antitrustes se limitem à análise tradicional do bem-estar do consumidor, ignorando a conduta sob a perspectiva do gênero, sendo que este tipo de conduta, além de afetar negativamente o mercado sob a ótica das consumidoras, possui o potencial de aprofundar cada vez mais as desigualdades sociais e aquisitivas das mulheres.

O resumo executivo elaborado pela OCDE contendo as principais conclusões das discussões realizadas na Sessão II do 17º Fórum Global sobre Competição, realizado em novembro de 2018[31], afirma que as autoridades de concorrência poderiam obter um "dividendo duplo" em termos de benefícios para o patrimônio e eficiência, concentrando sua aplicação e defesa em mercados de grande impacto para as mulheres. Por essas razões, o resumo sugere que todas as autoridades de concorrência, incluindo aquelas cujos mandatos não incluem considerações de interesse público, devem considerar o gênero como prioridade quanto se trata de fiscalização do mercado.

Ao nosso ver, as autoridades antitruste podem, e devem, aplicar a lente de gênero em suas análises, não se limitando ao método tradicional, que, conforme visto, pode se mostrar insuficiente diante das novas circunstâncias que surgem.

Conclui-se, portanto, não haver justificativas legais para a atuação da autoridade antitruste ficar restrita a uma análise generalizada de efeitos, sem considerar a realidade da sociedade na qual ela se encontra e quais grupos de pessoas estão sendo diretamente afetados por aquela conduta, uma vez que a incorporação de uma ótica de

[31]Disponível em https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)19/en/pdf?_ga=2.174844002.1183729234.1621306693-1347267182.1621306693. Acesso em 6 de maio de 2021.

gênero nas leis da concorrência ou em suas análises aprimoraria os métodos de análise, sua abrangência e alcance, auxiliando na criação de mercados mais competitivos e menos discriminatórios.

Assim, a aplicação de uma lente de gênero para a análise da discriminação de preços, nos termos da atual Lei de Defesa da Concorrência, em especial do inciso X do artigo 36 da mencionada Lei, teria o potencial de destacar não só na Taxa Rosa como também em outras diversas condutas prejudiciais à concorrência e às consumidoras que podem estar sendo negligenciadas pelo direito antitruste. Tal enfoque, consequentemente, poderia ajudar a reduzir condutas anticompetitivas nos mercados de produtos e serviços, que, inegavelmente, causam diversos impactos socioeconômicos negativos às mulheres.

## 6. Conclusão

Ao longo de todo este artigo, buscou-se apresentar o fenômeno da Taxa Rosa, seus potenciais efeitos pró e anticompetitivos, e, dentro do contexto da atual literatura sobre a conduta de discriminação de preços e a mais recente discussão sobre a aplicação de uma lente de gênero nas análises antitruste, abordar como a Taxa Rosa poderia ser analisada e endereçada pelas autoridades antitrustes e, em especial, no contexto da Lei de Defesa da Concorrência.

Neste sentido, verificou-se que os métodos tradicionais de análise adotados atualmente pelo direito antitruste podem não se mostrar suficientes para abranger e alcançar todas as preocupações e impactos negativos que certas condutas podem causar, em especial, no público feminino, ainda mais se considerado o inegável contexto social de discriminação de gênero, nas suas mais diversas formas.

Diversas pesquisas mencionadas já apontam para a necessidade de um olhar mais atento às condutas que podem causar efeitos negativos ao gênero feminino, além dos prejuízos que essas condutas podem trazer não só para quem é diretamente afetado por elas, mas também para a sociedade como um todo.

Ademais, o debate internacional aponta para a necessidade de que todas as autoridades concorrenciais no mundo façam ajustes em suas análises, a fim de adotar uma

lente de gênero, o que ajudará a reduzir a desigualdade de gênero e as condutas anticompetitivas em diversos mercados de produtos e serviços.

Diante de todo o exposto, conclui-se que as autoridades antitrustes deveriam adotar uma análise que leve em consideração uma lente de gênero, que analise os impactos específicos que condutas poderiam ensejar no gênero feminino, não se limitando à análise tradicional que pode se mostrar não suficiente em diversos casos. Ademais, essa mudança de visão também poderia auxiliar as autoridades antitrustes na maior identificação de diversas potenciais condutas anticompetitivas que sequer estão sendo objeto de análise antitruste, como a Taxa Rosa.

Por fim, com o auxílio de uma aplicação de uma lente de gênero, conclui-se que os argumentos para se sustentar que a Taxa Rosa encontram poucas ou nenhuma justificativas econômicas aceitáveis e pouco ou nenhum respaldo moral, razão pela qual, ao final, deve ser uma conduta passível de escrutínio antitruste como potencial discriminação de preços (no Brasil, enquadrada no inciso X, artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência) e, ainda, ser analisada de forma segmentada com base em seus efeitos na população do gênero feminino e masculino.

**Referências bibliográficas**

ADANINGGAR, Sekaring Ratri. ***Pink Tax, Gender Based Pricing Discrimination***. Disponível em https://mucglobal.com/en/news/2199/pink-tax-gender-based-pricing-discrimination. Acesso em 20 de maio de 2021.

ANDROUS, Amanda Bucceri (2020). ***Here's How Much Your Healthcare Costs Will Rise as You Age***. Disponível em https://www.registerednursing.org/articles/healthcare-costs-by-age/. Acesso em 12 de maio de 2021.

AYRES, Ian (1991). *Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail car negotiations.* ***Harvard Law Review***. Disponível em https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2539&context=fss_papers. Acesso em 15 de maio de 2021.

AYRES, Ian; SIEGELMAN, Peter (1995). Discriminação de gênero e raça na negociação de um novo carro. ***The American Economic Review***. Disponível em JSTOR2118176. Acesso em 27 de maio de 2021.

ALEXANDER, Larry (1992). *What makes wrongful discrimination wrongs? Biases, preferences, stereotypes and proxies.* ***University of Pennsylvania Law Review***. Disponível em https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3635&=&context=penn_law_review&=&sei-redir=1&referer=https%253A%252F%252Fwww.google.com%252Furl%253Fq%253Dhttps%253A%252F%252Fscholarship.law.upenn.edu%252Fcgi%252Fviewcontent.cgi%253Farticle%25253D3635%252526context%25253Dpenn_law_review%2526sa%253DD%2526source%253Deditors%2526ust%253D1621447782153000%2526usg%253DAOvVaw3Ako05jSNk0n9eSjTUoYSN#search=%22https%3A%2F%2Fscholarship.law.upenn.edu%2Fcgi%2Fviewcontent.cgi%3Farticle%3D3635%26context%3Dpenn_law_review%22. Acesso em 1º de maio de 2021.

ATHAYDE, Amanda; CAVALCANTI, Mariana Piccoli L. Gênero e Antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência. Portal Jota, 25 de fevereiro de 2021. Acesso em 05 de maio de 2021.

BUTLER, Patrick; BUTLER, Twiss; WILLIAMS, Laurie L. (1988*). Sex-Divided Mileage, Accident, And Insurance Cost Data Show That Auto Insurers Overcharge Most Women.* ***Journal of Insurance Regulation***. Disponível em http://www.centspermilenow.org/Reprints/342.pdf. Acesso em 13 de maio de 2021.

COOKE, Dudley; FERNANDES, Ana P. E Ferreira, Priscila. *Product market competition and gender discrimination.* ***GEE Papers***, N. 105, 2018. Disponível em: https://www.gee.gov.pt//RePEc/WorkingPapers/GEE_PAPERS_105.pdf. Acesso em 18 de maio de 2021.

FISHER, William W (2007). ***When should we permit differential pricing of information?*** Disponível em http://www.uclalawreview.org/pdf/55-1-1.pdf . Acesso em 18 de maio de 2021.

GIDEON, Jasmine (2016). **Manual de Gênero e Saúde**. Editora Edward Elgar. ISBN 9781784710866. Disponível em https://books.google.com.br/books?id=d4EhDAAAQBAJ&redir_esc=y. Acesso em 13 de maio de 2021.

GOLDBERG, Pinelopi Koujianou (1996). Discriminação do preço do revendedor na compra de carros novos: evidências da pesquisa de despesas do consumidor. ***Journal of Political Economy***. 104 (3): 622–654. Disponível em https://www.jstor.org/stable/2138865. Acesso em 24 de maio de 2021.

HARRIS, Christine; JENKINS, Michael (2006). ***Gender Differences in Risk Assessment: Why do Women Take Fewer Risks than Men***. Disponível em http://journal.sjdm.org/jdm06016.pdf. Acesso em 20 de maio de 2021.

HUBBARD, Sally. *How monopolies make gender inequality worse.* **Revista Forbes**, 2017. Disponível em: https://bit.ly/36fonCC. Acesso em 2 de maio de 2021.

LAM, Bourree. ***Battle of the Prices: Is It Ever Fair to Charge One Sex More?*** Disponível em https://www.theatlantic.com/business/archive/2014/10/battle-of-the-prices-is-it-ever-fair-to-charge-one-sex-more/381546/". Acesso em 4 de maio de 2021.

LISTON-HEYES, Catherine; NEOKLEOUS, Elena (2000). Precificação baseada em gênero na indústria de cabeleireiros. ***Journal of Consumer Policy.*** Disponível em https://link.springer.com/article/10.1023/A:1006492207450. Acesso em 14 de maio de 2021.

*JOINT ECONOMIC COMMITTEE. UNITED STATES CONGRESS*. ***The Pink Tax: How Gender-Based Pricing Hurts Women's Buying Power.*** Dezembro de 2016. Disponível em https://www.jec.senate.gov/public/_cache/files/8a42df04-8b6d-4949-b20b-6f40a326db9e/the-pink-tax---how-gender-based-pricing-hurts-women-s-buying-power.pdf?utm_campaign=coschedule&utm_source=facebook_page&utm_medium=The+Fiscal+Femme. Acesso em 17 de maio de 2021.

MCMURRY, Christine (1996). ***The Cost of the Gender Gap: California has a new law that makes it illegal to charge men and women different prices for the same***

***service. But some businesses are still taking women to the cleaners***. SFGATE. Disponível em https://www.sfgate.com/news/article/The-Cost-of-the-Gender-Gap-California-has-a-new-2981757.php. Acesso em 27 de maio de 2021.

NEWSBEAT, Amelia Butterly. ***Why the 'tampon tax' is here to stay - for a while at least***. Disponível em https://www.bbc.com/news/newsbeat-31299254. Acesso em 10 de maio de 2021.

*NEW YORK CITY DEPARTMENT OF CONSUMER AFFAIRS*. ***From Cradle to Cane: The cost of being a female consumer.*** Disponível em https://www1.nyc.gov/assets/dca/downloads/pdf/partners/Study-of-Gender-Pricing-in-NYC.pdf. Acesso em 27 de maio de 2021.

*NEW YORK STATE.* ***Governor Cuomo Reminds New Yorkers "Pink Tax" Ban Goes into Effect Today***. 20 de setembro de 2020. Disponível em https://www.governor.ny.gov/news/governor-cuomo-reminds-new-yorkers-pink-tax-ban-goes-effect-today. Acesso em 12 de maio de 2021.

*ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE).* ***Global forum on competition. Competition policy and gender.*** 06 de novembro de 2018. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)4/en/pdf. Acesso em 04 de junho de 2021.

_____.*Executive Summary of the Roundtable on Price Discrimination.* 29/30 de novembro de 2016. https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN5/FINAL/en/pdf. Acesso em 27 de maio de 2021.

_____. *Gender and Competition. Executive Summary*. 29/30 de novembro de 2018. https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2018)19/en/pdf?_ga=2.174844002.1183729234.1621306693-1347267182.1621306693. Acesso em 07 de maio de 2021.

_____. *Price Discrimination. Background note by the Secretariat.* 29/30 de novembro de 2016. https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf. Acesso em 13 de maio de 2021.

ORR, Aleisha. ***Tampon tax a "bloody outrage"***. Disponível em https://www.watoday.com.au/national/western-australia/tampon-tax-a-bloody-outrage-20130221-2etl5.html. Acesso em 23 de maio de 2021.

PIKE, Chris. *Shaping the "she-covery": Using gender inclusive competition policy to build back better, **OECD on the Level**, 2020.* Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3487726. Acesso em 03 de maio de 2021.

PIKE, Chris. *What's gender got to do with competition policy, **OECD on the Level,** March 2018.* Disponível em: https://oecdonthelevel.com/2018/03/02/whats-gender-got-to-do- with-competition-policy/. Acesso em 03 de maio de 2021.

*Pink Tax Website*. Disponível em http://pink.tax. Acesso em 11 de maio de 2021.

SANTACREU-VASUT, Estefania; PIKE, Chris. *Competition Policy and Gender*. ***Concurrences*** **N° 4-2019**. Disponível em: https://awards.concurrences.com/IMG/pdf/43._competition_policy_and_gender.pdf?55641/a8c91e8475345b86e501c3a87f6ae35c22e08165. Acesso em 27 de maio de 2021.

*UNITED STATES GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE.* ***Report to Congressional Requesters. Gender-Related Price Differences for Goods and Services.*** Agosto de 2018. Disponível em https://www.gao.gov/assets/gao-18-500.pdf. Acesso em 12 de maio de 2021.

WAKEMAN, Jessica. ***Pink Tax: The Real Cost of Gender-Based Pricing.*** Disponível em https://www.healthline.com/health/the-real-cost-of-pink-tax#Making-tampons-and-pads-more-accessible. Acesso em 03 de maio de 2021.

# 12. APLICAÇÃO DE SANÇÕES DE RESTRIÇÃO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

## *12. SANCTIONS APPLICATION TO RESTRICT CONTRACTING WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION?*

Giovana Vieira Porto

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. A DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA APLICAÇÃO DA SANÇÕES DE RESTRIÇÃO DE LICITAR E CONTRATAR. 2.1. Heterorresponsabilidade: em caso de sanção, ausência de fundamento legal para o Programa de *Compliance* como impedimento, mas como atenuante. 3. ESTADO DA ARTE DA APLICAÇÃO DE SANÇÕES DE RESTRIÇÃO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL: HÁ AVALIAÇÃO DO PROGRAMA DE *COMPLIANCE*?. 3.1. CADE: Ausência de análise do Programa de *Compliance* pelo CADE na dosimetria de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. 4.2. CGU: Aparente irrelevância do Programa de *Compliance* para sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública com base na Lei de Licitações. 4. *SAFE HARBOUR*: PROGRAMA DE *COMPLIANCE* ROBUSTO E EFICAZ COMO CONSEQUENTE ESTRATÉGIA PARA PREVENÇÃO DE PREJUÍZOS ECONÔMICO-FINANCEIROS RESULTANTES DAS SANÇÕES DE RESTRIÇÃO DE LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 4.1. Obtenção de certificações e "marcas" de *compliance* como possíveis elementos para auxiliar a comprovação da robustez e da eficácia do Programa de *Compliance*. 4.2. Incentivo a boas práticas internas de *compliance* como meio de prevenção de atos ilícitos concorrenciais e de corrupção. 4.3. Participação em ações coletivas como meio de prevenção de atos ilícitos concorrenciais e de corrupção. 5. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** Esse artigo tem o objetivo de identificar se Programas de *Compliance* podem ser utilizados como excludente de responsabilidade de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública em razão de atos ilícitos concorrenciais e de corrupção, com base na Lei 12.529/2011 (Lei do CADE), na Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), na Lei 12.846/2012 (Lei Anticorrupção) e na Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações). Além de avaliação de entendimento doutrinário sobre o assunto, esse artigo buscará analisar jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e da Controladoria-Geral da União (CGU) do período entre 2015 a 2020 para identificação se Programas de *Compliance* são avaliados para fins de dosimetria de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública no Brasil, bem como peculiaridades relacionadas à aplicação de tais sanções por tais órgãos públicos, como o tempo de duração das sanções e os entes federativos em relação aos quais as sanções foram aplicadas. Conclui-se que, muito embora não haja previsão legal expressa nas Leis do CADE e de Licitações sobre a utilização do Programa de

*Compliance* na dosimetria das penas, haveria fundamento legal para que Programas de *Compliance* sejam considerados, pelo menos, atenuantes de sanções, mas não elementos para exclusão de responsabilidade. Em termos jurisprudenciais, percebe-se incertezas sobre utilização de Programas de *Compliance* como atenuantes, principalmente considerando a quase inexistente avaliação de tais Programas na jurisprudência identificada.

**ABSTRACT:** *This article aims at identifying whether Compliance Programs can be used as an exclusion of liability for sanctions restricting participation in tenders and contracts with the Public Administration given illegal competition and corruption practices, based on Law No. 12,529/2011 (Competition Act), Law No. 8,666/1993 (Public Procurement Act), Law No. 12,846/2012 (Anticorruption Act) and Law No. 14,133/2021 (New Public Procurement Act). In addition to the analysis of scholars' understanding on the matter, this article also aims at reviewing case law from the Administrative Council of Economic Defence (CADE) and of the General Comptroller's Office (CGU) in the period between 2015 and 2020 to identify whether the Compliance Programs are evaluated to quantify the sanctions restricting participation in tenders and contracts with the Public Administration in Brazil, and specificities related to the enforcement of such sanctions by such public entities, including the term of the sanctions and the federative entities in relation to which such sanctions are applied. It is concluded that, even though there is no emphatic legal provision in the Competition Act, and the Public Procurement Act regarding the utilization of Compliance Program in the quantification of sanctions, there would be legal grounds for Compliance Programs to be used at least as a mitigating factor for sanctions, and not as an exclusion of liability. Regarding case law, it is noted the existence of uncertainties regarding the utilization of Compliance Programs as mitigating factor, mainly because of the almost inexistent evaluation of such Programs in the case law that was identified.*

## 1. Introdução

Em dezembro de 2020, o Governo Federal do Brasil publicou Plano Anticorrupção[1] para o período entre 2020 e 2025, elaborado pelo Comitê Interministerial de Combate à Corrupção (CICC). Conforme o Decreto 9.755, de 11 de abril de 2019, o CICC possui como membros titulares o Ministro de Estado da Controladoria-Geral da União (CGU), o Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, o Ministro de Estado da Economia, o Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, o Advogado-Geral da União e o Presidente do Banco Central do Brasil.

O Plano Anticorrupção indica que o CICC realizou diagnóstico de áreas de aprimoramento das "capacidades anticorrupção de cada órgão federal que compõe o CICC"[2].

[1] COMITÊ INTERMINISTERIAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO. Plano Anticorrupção: Diagnóstico e Ações do Governo Federal. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/anticorrupcao/plano-anticorrupcao.pdf

[2] Ibid., p. 13.

Pela análise temática, o CICC identificou maior necessidade de aprimoramento nas áreas "Responsabilização de Pessoas Físicas e Jurídicas" e "Investigação". Com base no diagnóstico realizado para elaboração do Plano Anticorrupção, foi elaborado anexo ao Plano Anticorrupção contendo ações para "promover a prevenção e o combate efetivos à corrupção em todas as suas formas" [3]. As ações incluem atuação da CGU, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, da Polícia Federal, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Receita Federal do Brasil, da Advocacia-Geral da União (AGU), do Banco Central do Brasil e do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf).

Como parte de ações relacionadas à responsabilização de pessoas jurídicas, o Plano Anticorrupção prevê dois aprimoramentos referentes a sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. Os dois aprimoramentos seriam realizados pela CGU. O primeiro diz respeito à "uniformização da aplicação de sanções de impedimento de licitar e contratar" [4] a fim de promover segurança jurídica pela propositura de regulamento para aplicação em todas as esferas de governo. O prazo para implementação de tal ação é 31 de dezembro de 2022. Outra ação de aprimoramento também com prazo de 31 de dezembro de 2022 pela CGU diz respeito ao "aperfeiçoamento da publicidade das sanções impeditivas de contratação" [5], com o objetivo de uniformizar cadastros, como Cadastro de Entidades Privadas Sem Fins Lucrativos Impedidas (CEPIM), Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), e incrementar a capacidade de alimentação do banco de dados com sanções aplicadas.

A existência de ações no Plano Anticorrupção de forma a dar publicidade e uniformizar a aplicação de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública em prazo relativamente curto contribui para reflexões sobre alternativas para empresas se prevenirem da aplicação de tais sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, principalmente se tais empresas possuem como atividade principal ou relevante vendas para órgãos públicos. Nesse contexto, surge questionamento sobre o papel do Programa de *Compliance* das empresas em tal prevenção e, mais especificamente, se o

[3] Ibid., p. 22.
[4] Ibid., p. 35.
[5] Ibid., p. 36.

Programa de *Compliance* poderia ser considerado, na legislação brasileira, impedimento para aplicação da sanção de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, muito embora se tenha como hipótese o fato de que Programa de *Compliance* possa ser levado, no máximo, em consideração como atenuante na dosimetria da pena.

A fim de endereçar tal questionamento, esse artigo focará na análise da aplicação administrativa da sanção de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública por ilícitos concorrenciais previstos na Lei 12.529/2011 (Lei do CADE, Lei Antitruste ou Lei de Defesa da Concorrência) e por ilícitos relativos a atos de corrupção, previstos nas Leis 8.666/1993 (Lei de Licitações) e 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações). É importante esclarecer que a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) não prevê a possibilidade de aplicação de sanção de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública no âmbito da responsabilização administrativa, mas apenas a aplicação das sanções de multa e publicação extraordinária da decisão condenatória por ilícitos praticados em violação à Lei Anticorrupção. Nesse sentido, a aplicação da Lei Anticorrupção não será avaliada para fins do presente artigo. Fato é que o sistema jurídico brasileiro de combate à corrupção não envolve apenas a Lei Anticorrupção, mas, pelo menos, também a Lei de Licitações[6].

É importante destacar que, para fins desse artigo, são chamadas "sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública", no singular ou no plural, o conjunto de sanções previstas nas Leis do CADE, de Licitações e da Nova Lei de Licitações referente a suspensão temporária, impedimento ou declarações de inidoneidade que, de alguma forma, possam impedir diretamente a participação de empresas em licitações públicas ou de contratarem com a Administração Pública. Para fins desse artigo, quando tais sanções são mencionadas, muito embora utilizando o conectivo "e" seja utilizado, não se quer referir à aplicação conjunta de sanções que gerem impedimento de participar de licitação pública e de contratar com a Administração Pública, mas à existência de pelo menos uma de tais sanções.

[6] Nesse sentido, NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, p. 193-206, maio-ago de 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista65/revista65_193.pdf e REMEDIO, Davi Pereira; REMEDIO, José Antonio. Direito e Desenvolvimento: Corrupção Administrativa e Ação Civil por Improbidade Administrativa. **RDU**, Porto Alegre, vol. 14, n. 81, 2018, 102-122, maio-jun 2018. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2890/pdf. Acesso em 16 de maio de 2021.

Em termos de análise de aplicação administrativa de sanções, esse artigo irá se concentrar na aplicação da Lei de Defesa da Concorrência pelo CADE e da Lei de Licitações e da Nova Lei de Licitações pela CGU e na verificação se o Programa de *Compliance* tem sido utilizado por tais autoridades na aplicação das sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. É importante destacar que, nesse artigo, não será feita análise se a CGU possui competência para aplicação das sanções previstas na Lei de Licitações ou da Nova Lei de Licitações, mas a análise focará na jurisprudência até o momento envolvendo a aplicação da Lei de Licitações pela CGU, em decisões condenatórias de Processos Administrativos de Responsabilização (PAR) no período compreendido entre 2015 e 2020. Considerando que a Nova Lei de Licitações entrou em vigor apenas no dia 1º de abril de 2021, prevendo revogação da Lei de Licitações após decorridos dois anos da publicação oficial da Nova Lei de Licitações, nos termos do artigo 193, inciso II da Nova Lei de Licitações, a análise de jurisprudência não incluirá eventuais considerações sobre a Nova Lei de Licitações.

A reflexão sobre o tema a partir da perspectiva da atuação sancionadora do CADE e da CGU se dá a partir da relevância da atuação dos referidos órgãos no enfrentamento a ilícitos concorrenciais e de corrupção que, muitas vezes, possuem interseções, principalmente em atos ilícitos envolvendo licitações públicas. Nesse sentido, por exemplo, o artigo 36, parágrafo 3º, inciso I, alínea d da Lei do CADE prevê que caracteriza infração da ordem econômica, caso configurada hipótese prevista no *caput* do artigo 36, acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública. Ademais, o artigo 88, inciso II, da Lei de Licitações dispõe que sanções previstas nos incisos III e IV do artigo 87, ou seja, de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, por prazo não superior a dois anos e declaração de inidoneidade, podem ser aplicadas às empresas que tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação. A Lei de Licitações não especifica se a sanção deve ser aplicada no âmbito do ente que aplicou a sanção ou não.

A Nova Lei de Licitações, por sua vez, também prevê a possibilidade de aplicação de sanções para ilícitos tipificados em seu artigo 155, incluindo fraude a licitações, notadamente sanções de "impedimento de licitar e contratar" no âmbito da Administração Pública direta e indireta", especificamente "do ente federativo que tiver aplicado a sanção" por até três anos, conforme previsão do artigo 156, inciso III e parágrafo 4º. Muito embora a aplicação da Lei

Anticorrupção não seja analisada para fins de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, é válido destacar que o artigo 5º, inciso IV, alínea a da Lei Anticorrupção, por exemplo, prevê que configura ato ilícito frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

Para o enfrentamento de tais questões, este artigo será estruturado da seguinte forma. O Capítulo 1 será dedicado à análise da existência de discricionariedade da Administração Pública para aplicação de sanções, principalmente quando se tratam de sanções de restrição de licitar e contratar, além da identificação que, diante do cenário da discricionariedade e do sistema brasileiro de heterorresponsabilidade da pessoa jurídica, Programas de *Compliance* podem ser considerados, no máximo, atenuante em caso de aplicação de tais sanções.

O Capítulo 2 terá enfoque de análise empírica de aplicação da sanção de restrição de licitar e contratar pelo CADE, sob a sistemática da Lei do CADE; e também análise empírica de aplicação de tal sanção pela CGU, sob a sistemática da Lei de Licitações, com base em decisões proferidas pelo Tribunal do CADE e pela CGU no período compreendido entre 2015 e 2020. A análise buscará identificar alguns aspectos da aplicação de tal sanção, como em relação a quais entidades a sanção de restrição de licitar e contratar é aplicada pelos órgãos, o tempo de duração da sanção e a análise se Programas de *Compliance* foram analisados no momento da dosimetria das penas.

Para realizar tal verificação, a metodologia levará em consideração, para o CADE, o levantamento inicial, por meio do CADE em Números[7], da quantidade de processos administrativos julgados pelo CADE, com condenação, entre 2015 e 2020. Posteriormente, será feita a análise dos dispositivos dos votos vencedores tanto em relação ao mérito do processo administrativo, quanto em sede de embargos de declaração, para identificação da existência de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. Em seguida, foi realizada a análise do voto vencedor em casos em que as sanções de restrição de licitar e

[7] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. CADE em Números. Disponível em: http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true. Acesso em 16 de maio de 2021.

contratar com a Administração Pública foram aplicadas para identificação se o Programa de *Compliance* foi mencionado e/ou avaliado na dosimetria da pena.

Em relação à metodologia para casos da CGU, foi feito o levantamento de PARs no Repositório de Conhecimento da CGU[8] instaurados com base na Lei de Licitações, com decisão do Ministro de Estado da CGU proferida no período de 2015 a 2020. Em seguida, foram analisados o Relatório Final da Comissão do PAR e o Parecer da Consultoria Jurídica junto à CGU para identificação se Programas de *Compliance* foram avaliados quando da dosimetria das penas previstas na Lei de Licitações.

Por fim, no Capítulo 3, diante da constatação do Programa de *Compliance* como possível atenuante de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, será abordada a necessidade de que empresas adotem Programas de *Compliance* cada vez mais robustos e eficazes para que possam ser considerados atenuantes em caso de aplicação de sanção, mas também como forma de prevenção efetiva a atos ilícitos por parte de seus funcionários e dirigentes.

## 2. A discricionariedade da administração pública para aplicação da sanções de restrição de licitar e contratar

A fim de tratar especificamente da possibilidade ou não, no ordenamento jurídico brasileiro, de que Programas de *Compliance* sejam considerados impeditivos para aplicação da sanção de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, é importante identificar quais sanções são aplicáveis a ilícitos concorrenciais e de corrupção e em que medida tais sanções devem ser obrigatoriamente aplicadas em caso de apuração de tais ilícitos pelo CADE e/ou pela CGU, dentro de suas respectivas esferas de jurisdição.

Posteriormente, neste Capítulo será abordada a sistemática brasileira de heterorresponsabilidade para responsabilização das pessoas jurídicas por atos ilícitos concorrenciais e de corrupção e como, diante de tal sistemática, não haveria espaço para que

[8] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Repositório de Conhecimento da CGU: Processo Administrativo de Responsabilização (PAR). Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/45833. Acesso em 16 de maio de 2021.

Programas de *Compliance* sejam considerados excludentes ou impeditivos de sanções de restrição de licitar ou contratar com a Administração Pública.

Inicialmente, sobre as penalidades aplicáveis a empresas por atos ilícitos concorrenciais previstos na Lei do CADE, destaca-se que além da possibilidade de multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, conforme previsão do artigo 37, inciso I, da Lei do CADE; há previsão, no artigo 38 de sanções não pecuniárias.

Segundo o *caput* do artigo 38, tais sanções serão aplicadas "quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral" de forma isolada ou cumulativamente. Dentre as sanções não pecuniárias, a Lei do CADE prevê a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (CNDC" - inciso III, do artigo 38) e proibição, por prazo não inferior a cinco anos, de "participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta".

Por sua vez, a Lei de Licitações prevê quatro penalidades principais em seu artigo 87, incluindo advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública, por prazo não superior a dois anos e a declaração de inidoneidade. O parágrafo 2º do artigo 87 esclarece a possibilidade de aplicação das sanções de advertência, suspensão temporária de participar em licitar e impedimento de contratação com a Administração Pública e da declaração de inidoneidade juntamente com a multa. A Nova Lei de Licitações prevê as mesmas sanções em seu artigo 156, mas, como mencionado acima, em relação à sanção de impedimento de licitar e contratar, o parágrafo 3º do artigo 156 dispõe que tal sanção poderá ser aplicada pelo prazo máximo de três anos, em relação ao ente federativo que tiver aplicado a sanção. Com relação à declaração de inidoneidade, a Nova Lei de Licitações prevê o prazo mínimo de três anos e máximo de seis anos, impedindo licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos.

Como mencionado acima e para fins de completude, a Lei Anticorrupção não prevê a possibilidade de aplicação de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública na esfera da responsabilização administrativa, mas as sanções de multa no valor de 0,1% a 20%

do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e publicação extraordinária da decisão condenatória, com base no artigo 6º, incisos I e II da Lei Anticorrupção. O parágrafo 1º do artigo 6º deixa claro que as sanções não devem ser aplicadas obrigatoriamente em conjunto, indicando que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, "de acordo com as peculiaridades do caso concreto e com a gravidade e natureza das infrações".

Fato é que não há obrigatoriedade de aplicação simultânea de todas as sanções previstas em cada uma das leis em caso de apuração do ato ilícito administrativamente, havendo espaço para análise do administrador público acerca da gravidade da infração.

Conforme destaca Ana Frazão em relação às sanções aplicadas no Direito da Concorrência, há necessidade de observação do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo Sancionador. Nesse sentido, "qualquer que seja o percentual fixado, contudo é inequívoca a necessidade de assegurar a proporcionalidade"[9]. Na seara da aplicação das sanções previstas na Lei de Licitações, Marçal Justen Filho afirma que "é pacífico que o sancionamento ao infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprovabilidade da infração"[10], e complementa "são inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados"[11].

Antonio Carlos Alves Pinto Serrano também destaca a necessidade de aplicação e preservação do princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo Sancionador como um todo, defendendo inclusive a revisão judicial em caso de violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade "no momento de aplicação da pena, independente do poder discricionário que lhe é conferido, deve o Poder Judiciário rever esse ato ou decisão"[12].

Muito embora haja necessidade da aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para seleção, pelo julgador, de quais sanções legais aplicar, é importante notar

[9] FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 302.
[10] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1 ed., 2014, p. 58.
[11] Ibid., p. 58.
[12] SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. O direito administrativo sancionador e a individualização da conduta dos agentes sancionados**. Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 7, n. 1, p. 119—138, 2020, p. 133.

que nem a Lei do CADE nem a Lei de Licitações possuem disposição, explícita ou implícita, acerca de excludentes que eximem a responsabilização administrativa pela existência de Programa de *Compliance* pelas empresas. No entanto, a Nova Lei de Licitações dispõe em seu artigo 156, parágrafo 1º, inciso V, que programas de integridade serão considerados na aplicação das sanções previstas na referida lei. Nesse sentido, considerando a ausência de previsão nesse sentido na Lei do CADE e a vigência concomitante da Lei de Licitações com a Nova Lei de Licitações no prazo de dois anos, há de se verificar se o Programa de *Compliance* no âmbito do sancionamento por ilícitos concorrenciais e de corrupção com base na Lei do CADE e na Lei de Licitações é critério de dosimetria de sanções no âmbito de tais autoridades, com base em jurisprudência.

### 2.1. Heterorresponsabilidade: em caso de sanção, ausência de fundamento legal para o Programa de Compliance como impedimento, mas como atenuante

Caso a respectiva autoridade administrativa decida pela aplicação da sanção de restrição de participar em licitação pública e contratar com a Administração Pública, há de se discutir o espaço dado na legislação para que tal sanção seja considerada ao menos atenuante, mas também e, inicialmente, a sistemática da responsabilização objetiva para pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro.

Antes de adentrar no mérito da responsabilização objetiva para pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro, seguem algumas considerações sobre caso recente nos Estados Unidos da América envolvendo a existência de Programa de *Compliance* por empresa e alegados ilícitos de corrupção. Especificamente, em abril de 2020, o *Securities and Exchange Commission* (SEC) dos Estados Unidos da América denunciou Asante K. Berko, ex-executivo de empresa de serviços financeiros subsidiária no Reino Unido (Subsidiária) de empresa-mãe sediada nos Estados Unidos da América (Empresa Holding), por supostamente se envolver em esquema de pagamento de propina[13]. Tal suposto esquema teria durado de, aproximadamente, 2015 a pelo menos 2016, e a participação de Asante K. Berko teria consistido em auxílio a cliente da Subsidiária a obter contrato para construir e operar usina de energia elétrica na República de Gana, o que violaria o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Asante K. Berko

[13] SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. **Complaint. 2020.** Disponível em: https://www.sec.gov/litigation/complaints/2020/comp-pr2020-88.pdf. Acesso em 16 de maio de 2021.

teria organizado procedimentos para que o cliente da Subsidiária enviasse entre U$ 3 milhões e U$ 4,5 milhões para empresa "intermediária" (Intermediária) localizada na República de Gana para pagamento de propina a agentes públicos responsáveis pela aprovação do projeto de usina de energia elétrica. O cliente da Subsidiária teria efetivamente transferido pelo menos U$ 2,5 milhões para a Intermediária.

Na denúncia, o SEC indicou que Asante K. Berko adotou medidas para impedir que os times de *Compliance* da Subsidiária e da Empresa Holding pudessem descobrir tal esquema, incluindo a utilização de endereço eletrônico pessoal para comunicação sobre o suposto esquema, além de não ter alterado documento relevante que indicava que o cliente da Subsidiária não pagou empresas intermediárias ou pessoas politicamente expostas em relação ao projeto de usina de energia elétrica. Muito embora as tentativas de Asante K. Berko em não ter suas práticas identificadas internamente, a Empresa Holding realizou processo de *due diligence* referente ao projeto. O time de *Compliance* da Subsidiária então reviu e-mails de Asante K. Berko, momento no qual o envolvimento da Intermediária foi identificado e a investigação foi continuada. Em agosto de 2016, a Subsidiária cessou seu envolvimento no projeto.

Ademais, foi identificado que, entre setembro de 2016 a fevereiro de 2017, o cliente da Subsidiária pagou U$ 2 milhões a Asante K. Berko por seus esforços em facilitar o esquema de pagamento de propina. Asante K. Berko se desligou formalmente da Subsidiária aproximadamente em março de 2017. Com base nos fatos, o SEC então requereu, dentre outros, a aplicação de penalidades monetárias em relação a Asante K. Berko, não solicitando qualquer penalidade em relação às empresas Subsidiária e Holding.

A sistemática no Brasil de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos concorrenciais e de corrupção não permite, no entanto, tal ausência de responsabilização por pessoas jurídicas em razão da existência de Programa de *Compliance*. Segundo Ana Frazão, as Leis Antitruste e Anticorrupção adotam o sistema de heterorresponsabilidade, ou seja, adotam com fundamento da responsabilização "a existência de atos praticados por seus órgãos,

administradores e representantes"[14]. Raíssa Mamede Lins Brasiliense também destaca que "não há, na normativa concorrencial brasileira, a previsão do *compliance* como excludente da responsabilidade das pessoas jurídicas por ilícitos cometidos por seus funcionários"[15].

A Lei Antitruste, na visão de Ana Frazão, teria ainda problemática relacionada à sua interpretação literal que poderia gerar a "conclusão de que ela prevê uma imputação automática ainda mais ampla", podendo imputar "à pessoa jurídica, de forma automática, todos os atos de seus administradores"[16]. Muito embora haja tal interpretação, a autora destaca, no entanto, que "o interesse ou benefício da pessoa jurídica tem sido considerado, acertadamente, com um pressuposto implícito de imputação pela jurisprudência do CADE"[17]. Já a Lei Anticorrupção, seria "expressa ao afirmar que apenas a ação pratica no interesse ou benefício da pessoa jurídica, ainda que não exclusivo, pode vinculá-la"[18].

Em relação a possíveis excludentes da responsabilização jurídica no âmbito das Leis do CADE e Anticorrupção, Ana Frazão destaca que "por mais que a pessoa jurídica tenha envidado esforços para evitar o ilícito, tal circunstância jamais será idônea para afastar a sua responsabilidade, podendo, na melhor das hipóteses, servir como atenuante para a sua punição"[19].

Diante da sistemática de responsabilidade objetiva no Direito Brasileiro em relação à Lei do CADE e ao sistema de combate à corrupção, incluindo a Lei de Licitações, e diante da ausência de previsão legal nesse sentido, não parece ser possível utilizar a existência de Programa de *Compliance* como excludente de responsabilização de pessoas jurídicas na sistemática das legislações analisadas neste estudo. No entanto, conforme se verá a seguir,

---

[14] FRAZÃO, Ana. Programas de Compliance e Critérios de Responsabilização de Pessoas Jurídicas por Ilícitos Administrativos. In: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Gruspun (Coords). **Direito Empresarial Estudos Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 23- 57, p. 34

[15] BRASILIENSE, Raíssa Mamede Lins. **A exclusão da responsabilidade de pessoas jurídicas pela implementação de programas de compliance concorrencial**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade de Brasília. Brasília, 2019, p. 52. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/25133/1/2019_RaissaMamedeLinsBrasiliense_tcc.pdf. Acesso em 16 de maio de 2021.

[16] Ibid., p. 34.

[17] Ibid., p. 35.

[18] Ibid., p. 36.

[19] Ibid., p. 36.

parece haver espaço para argumentação da utilização de Programa de *Compliance* como atenuante nas sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública.

Em relação à Lei do CADE, há previsão em seu artigo 45 de parâmetros para dosimetria das penas previstas na Lei, incluindo gravidade da infração; boa-fé do infrator; vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; consumação ou não da infração; grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à econômica nacional, aos consumidores, ou a terceiros; efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; situação econômica do infrator e reincidência. Em relação ao parâmetro de boa-fé, o Guia de Programas de *Compliance* do CADE, publicado em janeiro de 2016[20] destaca expressamente que o Tribunal do CADE pode enquadrar como evidência de boa-fé o Programa de *Compliance*, configurando atenuante "no cálculo da multa, reduzindo-a". O Guia do CADE venceu, inclusive, o prêmio *Antitrust Compliance Awards 2021*, na categoria "*Readers Awards*"[21].

Ora, se o Guia de Programas de *Compliance* do CADE dispõe sobre a possibilidade de atenuação de sanções pecuniárias em razão da avaliação do Programa de *Compliance*, de forma análoga, poderia haver espaço para aplicação de tal atenuante para sanções não pecuniárias, como as sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. Apesar de a Lei do CADE prever tempo mínimo de cinco anos em seu inciso II, do artigo 38, para a sanção de proibição de participar de licitação, é possível que Programa de *Compliance* seja considerado atenuante caso, na dosimetria da pena, fosse entendido que período maior deveria ser aplicado à sanção no caso concreto.

Por sua vez, a Lei de Licitações é omissa em relação à dosimetria das sanções previstas na Lei, não prevendo especificamente atenuantes e agravantes. Francisco Zardo destaca que as sanções da Lei de Licitações permitem que sejam "observadas as circunstâncias

[20] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Programas de Compliance**. Janeiro de 2016. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf

[21] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cade conquista mais um prêmio internacional por atuação na defesa da concorrência. Publicado em 10 de maio de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-conquista-mais-um-premio-internacional-por-sua-atuacao-na-defesa-da-concorrencia. Acesso em 16 de maio de 2021.

agravantes e atenuantes, bem como o princípio da proporcionalidade"[22]. Como descrito acima, segundo entendimento de outros autores com Ana Frazão e Marçal Justen Filho, o Direito Administrativo Sancionador também necessita de aplicação dos princípios de proporcionalidade e razoabilidade quando da dosimetria das penas pela Administração Pública.

Como mencionado anteriormente, as sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública previstas na Lei de Licitações, com base nos artigos 87 e 88, são, basicamente, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, com limite máximo temporal de 2 anos e a declaração de inidoneidade com limites temporais que podem incluir (i) tempo de duração dos motivos da punição; (ii) tempo até que seja promovida a reabilitação perante a autoridade que aplicou a penalidade; sendo que (i) e (ii) devem ocorrer após o período da sanção de suspensão temporária. Tendo em vista a fixação máxima do prazo para suspensão temporária na Lei de Licitações, por exemplo, haveria espaço na fundamentação das decisões de condenação para análise do Programa de *Compliance* das empresas punidas.

Caso Programas de *Compliance* sejam avaliados como atenuantes para sanções de restrição de licitar e contratar previstas na Lei de Licitações, é importante que haja adoção de parâmetro claro para avaliação de tais Programas, com menções explícitas aos critérios utilizados para avaliação, de modo a garantir segurança jurídica aos jurisdicionados.

Portanto, depreende-se haver fundamentação jurídica para que Programas de *Compliance* possam configurar atenuante de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública em dosimetria da pena realizada com base nas Leis do CADE e de Licitações, também em razão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, muito embora não haja previsão legal específica nesse sentido. A Nova Lei de Licitações, por sua vez, já passou a endereçar essa questão, como mencionado anteriormente.

[22] ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos** [livro eletrônico]: com as alterações da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 10.

## 3. Estado da arte da aplicação de sanções de restrição de licitar e contratar com a administração pública no Brasil: Há avaliação do programa de *compliance*?

Muito embora, teoricamente, se conclua que Programas de *Compliance* só possam ser considerados, no máximo, atenuantes para sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, é importante verificar, na prática, se e em que medida Programas de *Compliance* têm sido levados em consideração pelo CADE e pela CGU na aplicação de tais sanções com base nas Leis do CADE e de Licitações, conforme suas respectivas esferas de jurisdição. Nesse sentido, o tópico 2.1. apresentará os resultados empíricos identificados em relação aos julgados do CADE; e o tópico 2.2. detalhará os resultados dos julgados da CGU em PARs.

Como mencionado acima, para realizar tal verificação, a metodologia levará em consideração, para o CADE, o levantamento inicial, por meio do CADE em Números[23], da quantidade de processos administrativos julgados pelo CADE, com condenação, entre 2015 e 2020. Posteriormente, será feita a análise dos dispositivos dos votos vencedores tanto em relação ao mérito do processo administrativo, quanto em sede de embargos de declaração, para identificação da existência de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. Em seguida, foi realizada a análise do voto vencedor em casos em que as sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública foram aplicadas para identificação se o Programa de *Compliance* foi mencionado e/ou avaliado na dosimetria da pena.

Em relação à metodologia para casos da CGU, foi feito o levantamento de PARs no Repositório de Conhecimento da CGU[24] instaurados com base na Lei de Licitações, com decisão do Ministro de Estado da CGU proferida no período de 2015 a 2020. Em seguida, foram analisados o Relatório Final da Comissão do PAR e o Parecer da Consultoria Jurídica junto à CGU para identificação se Programas de *Compliance* foram avaliados quando da dosimetria das penas previstas na Lei de Licitações.

---

[23] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **CADE em Números**. Disponível em: http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true. Acesso em 16 de maio de 2021.

[24] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Repositório de Conhecimento da CGU: Processo Administrativo de Responsabilização (PAR). Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/45833. Acesso em 16 de maio de 2021.

### 3.1. CADE: Ausência de análise do Programa de Compliance pelo CADE na dosimetria de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública

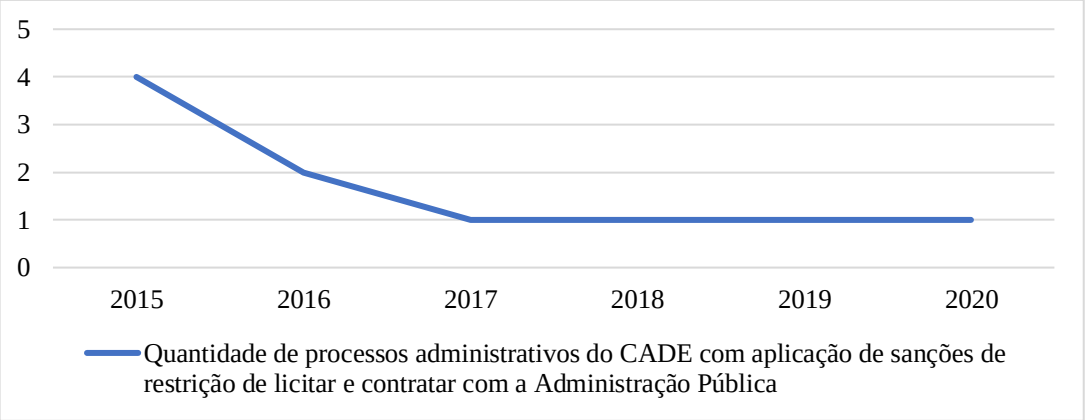
A fim de analisar como e se o CADE tem endereçado Programas de *Compliance* em sua avaliação da aplicação de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, conforme destacado acima, foi feito levantamento inicial da quantidade de processos administrativos julgados pelo CADE, com condenação, entre 2015 e 2020. Foram identificados 101 processos administrativos, sendo (i) 62 processos administrativos envolvendo conduta de cartel; (ii) 27 processos administrativo envolvendo conduta comercial uniforme; e (iii) 12 processos administrativos envolvendo condutas unilaterais, conforme categorização do CADE em Números.

Como resultado da aplicação da metodologia acima, foram identificados 10[25] processos administrativos com aplicação de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. Em nenhum dos votos vencedores analisados foi feita a avaliação do Programa de *Compliance* das empresas para fins de dosimetria da pena. É importante notar, no entanto, que não foi feita a checagem pública se as empresas condenadas possuíam Programa de *Compliance* à época das condenações. Apesar disso, seguem algumas considerações sobre os processos analisados.

Inicialmente, percebe-se que não são muitos os casos em que houve aplicação de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. Em relação à aplicação das referidas sanções no tempo, denota-se que possuem estabilidade na quantidade de processos administrativos desde 2017:

**Gráfico 1 – Quantidade de processos administrativos julgados pelo CADE com aplicação de sanção de restrição de licitar e contratar com a administração pública**

[25] Processos Administrativos 08012.009732/2008-01; 08700.004617/2013-41; 08012.005882/2008-38; 08012.006130/2006-22; 08012.008821/2008-22; 08700.006551/2015-96; 08012.003706/2000-98; 08012.010932/2007-18; 08700.011276/2013-60 e 08012.008850/2008-94.




Fonte: Elaboração da autora.

Em relação às condutas apuradas nos casos em que houve aplicação de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, nota-se que todos os casos envolviam pelo menos a prática de alegado cartel em licitações públicas, com exceção do Processo Administrativo 08012.003706/2000-98 que apesar de não estar diretamente ligado a licitações públicas, trata de certa forma, de contratações públicas por concurso público. Segundo o Conselheiro Relator à época Márcio de Oliveira Júnior, o referido Processo Administrativo foi instaurado em razão de indícios de que "cooperativas médicas estariam se organizando de forma a arregimentar seus cooperados para que não prestassem concurso público"[26], dessa forma, tais cooperativas "fariam com que o Estado do Espírito Santo contratasse os serviços dos cooperados e se submetesse aos regimes contratuais e salariais das cooperativas"[27].

Em relação ao tempo de duração das sanções, não foi identificado tempo superior a cinco anos. Nos votos, a duração das sanções às vezes aparecia como "prazo não inferior a cinco anos", como no Processo Administrativo 08012.008821/2008-22, julgado em 2016[28].

[26] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo 08012.003706/2000-98. Relatório, 2015, parágrafo 2. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN8bXsthjt6jZiiDm6eNkdUquUpfNqaN88ympS5--pNZqUeEYvUDqMq2ssxs0aYp2QDyuWmgj6punSRz1VsuXo9.

[27] Ibid., parágrafo 2.

[28] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo 08012.008821/2008-22. Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEF

A partir da análise empírica dos processos administrativos, também foi feita constatação envolvendo os órgãos em relação aos quais as empresas sancionadas não poderiam contratar ou participar de licitações. Em resumo, independentemente da dimensão territorial afetada pela prática ou do órgão licitante nas licitações afetadas, em todos os casos, o CADE aplicou a sanção de restrição de licitar ou contratar com "Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem com entidades da Administração Indireta" e, no âmbito do Processo Administrativo 08012.003706/2000-98 a sanção foi aplicada em relação à contratação com o poder público[29].

Por fim, quanto aos destinatários das sanções, não necessariamente todos os representados condenados nos respectivos processos administrativos também foram condenados por sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. Nesse sentido, cabe tecer algumas considerações sobre pelo menos três casos em que tais sanções não foram aplicadas a todos os representados, mas apenas aos representados considerados líderes ou colíderes da alegada conduta ilícita.

O primeiro caso trata-se do Processo Administrativo 08012.008850/2008-94, com decisão do Tribunal do CADE em fevereiro de 2016 e instaurado para apuração de suposta formação de cartel para fraudar o caráter competitivo de licitações públicas de contratação de serviços de lavanderia na cidade do Rio de Janeiro. No caso, a maioria dos Representados foi condenada com sanções que incluíam pagamento de multa, inscrição no CNDC e expedição de recomendação à Receita Federal para que não seja concedido parcelamento de tributos federais devidos pelas pessoas jurídicas condenadas.

A Conselheira Relatora à época Ana Frazão destacou em seu voto os motivos para não aplicação de sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, notadamente o fato de que "esse tipo de medida exigiria um exame de mercado prévio e

hBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPQrNhNlQY1fJWMVS2O-gIW3joeZbU0Nyma6gJX3oKI8AbgwPSHL7nptANhIYGfzV1BRCCjgS16VBHYZZV3A0ky

[29] Vide, por exemplo, voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo no Processo Administrativo 08012.008821/2008-22. 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPQrNhNlQY1fJWMVS2O-gIW3joeZbU0Nyma6gJX3oKI8AbgwPSHL7nptANhIYGfzV1BRCCjgS16VBHYZZV3A0ky.

cuidadoso, que não foi realizado durante a instrução"[30]. A ex-Conselheira ainda afirmou que a restrição "poderia ter efeitos bastantes gravosos sobre o mercado, caso, posteriormente, se verificasse que não havia outros agentes capazes de concorrer nos certames relacionados à prestação de serviços de lavanderia hospitalar no Rio de Janeiro"[31].

No entanto, em relação à aplicação das sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, o voto da ex-Conselheira não foi vencedor, mas do até então Conselheiro Alexandre Cordeiro[32]. Em seu voto-vista, o ex-Conselheiro analisou a aplicação da restrição de licitar e contratar com a Administração Pública e entendeu que, no caso concreto, seria "contraproducente aplicar proibição de contratar a todas as condenadas"[33]. No entanto, decidiu aplicar tal restrição para a representada pessoa jurídica, seu representante e seus administradores por terem tido posição de liderança no alegado cartel. Segundo o ex-Conselheiro, "isto tenderá a liberar no mercado boas oportunidades de vendas, gerando uma nova corrida de acomodação de *shares* que pode provocar disputa e rivalidade"[34].

Por sua vez, no Processo Administrativo 08012.006130/2006-22, o então Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira também adotou posição no sentido de aplicar tais sanções apenas "às empresas que assumiam posições de liderança no conluio formado"[35]. O referido Processo Administrativo foi instaurado também para apuração de suposto cartel envolvendo licitações públicas e privadas no mercado de serviços de manutenção predial e foi julgado pelo Tribunal do CADE em agosto de 2017. No entanto, duas das empresas que teriam

---

[30] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo 08012.008850/2008-94. Voto da Conselheira Ana Frazão. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8aOwwuUhb5bs1WUiG0lWT5rjQ071pEfNu0jZidhVdv5WlTG2GOVjY8VdA3fvZGvU9A1pscVbS6mU446ugVPCkn, parágrafo 436.

[31] Ibid., parágrafo 436.

[32] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo 08012.008850/2008-94. Voto-vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO6yEROhfyyoMa7o15UvZkOQKX2R0kvIH-ELix7augmE9VeukEG8XlOt46kkgeOK4wNtyseGkGtbFdnJMfhJAeP

[33] Ibid., parágrafo 6.

[34] Ibid., parágrafo 93.

[35] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo 08012.006130/2006-22. Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMk7gxf3b-ZPbDXzQUQ8kH7l7V-dtwmqs3zstICVZACYiSzqM7AmOa5MpYxdy3WMIvlosf0ToYPpJ3xZreONlHe, parágrafo 224.

tido posição de liderança, segundo o ex-Conselheiro, celebraram Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o CADE, então foi aplicada a sanção apenas para uma das três empresas em posição de liderança que não teria sido beneficiária de TCC com o CADE. Em seu voto, o ex-Conselheiro destacou que aplicação de tal sanção teria como objetivo "também de prevenir que novas licitações públicas sem objeto de fraude"[36].

Por fim, em relação ao Processo Administrativo 08700.004617/2013-41, instaurado para apurar alegado cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares, é importante destacar o entendimento ex-Conselheiro Relator João Paulo de Resende, no sentido de também aplicar sanção de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública à empresa líder do alegado cartel. Conforme o voto do ex-Conselheiro, a aplicação da sanção a todas as empresas poderia ter efeito deletério, no sentido que "pode entrar em conflito com o objetivo do ente público contratante de conseguir o melhor fornecedor ao melhor preço (...) poderá acarretar uma diminuição do número de empresas qualificadas para participar como licitantes a um nível anticompetitivo"[37].

Nota-se, portanto, que Programas de *Compliance* não foram avaliados no âmbito da dosimetria da pena das sanções de restrição de licitar ou contratar com a Administração Pública pelo CADE. Ademais, tais sanções foram aplicadas pelo CADE em processos administrativos envolvendo supostos cartéis em licitações públicas, com exceção de um caso envolvendo contratação por concurso público, resultando em restrição de licitar ou contratar com a Administração Pública independentemente do ente federativo afetado pela prática. Não foi identificada a aplicação de sanção por prazo superior ou inferior a cinco anos.

Além da prática do CADE, é importante analisar como se dá a jurisprudência da CGU em PARs em relação à aplicação da sanção de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública no âmbito da Lei de Licitações.

---

[36] Ibid., parágrafo 224.

[37] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo 08700.004617/2013-41. Voto do Conselheiro João Paulo de Resende. 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPf7BJ8TKXiAj64uRZfulL5o-Z_AOogkHiscpZ4wVk0YAIvoX2c4mRJJXQ2QPPdGXijXOGTg6gZvAsRpdxu2DT4, parágrafo 568.

### 3.2. CGU: Aparente irrelevância do Programa de *Compliance* para sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública com base na Lei de Licitações

A fim de analisar a aplicação, pela CGU, das sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, foi aplicada a metodologia descrita acima, notadamente, pesquisa pública no Repositório de Conhecimento da CGU por PARs. Não foram incluídos na análise, procedimentos da CGU categorizados como Inquéritos Preliminares. Nesse sentido, foram identificados 32 PARs com decisão proferida pelo Ministro de Estado da CGU no período entre 2015 e 2020.

Em seguida, foram examinados o Relatório Final da Comissão do PAR e o Parecer da Consultoria Jurídica junto à CGU em PARs em que houve condenação como decisão final com base na Lei de Licitações. Nota-se que, dos 32 PARs, 17 deles foram arquivados por ausência de elementos probatórios da alegada prática[38], por celebração de acordo de leniência com a CGU[39] ou por falência da empresa investigada[40]. Em dois casos, as sanções foram aplicadas com base na Lei Anticorrupção e, portanto, também não foram incluídos na análise da jurisprudência da CGU[41].

Notou-se, então, nos 13 casos restantes examinados, que a CGU aplicou sanção de declaração de inidoneidade em 12 deles. No caso restante, houve alteração, em sede de Pedido de Reconsideração, da declaração de inidoneidade para suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, no âmbito do PAR 00190.010713/2013-14, instaurado contra as empresas Rodocon Construções Rodoviárias, TV Técnica Viária Construções Ltda. e ECR Engenharia Ltda.[42]

Muito embora não tenha sido identificada a utilização de Programas de *Compliance* das empresas investigadas como atenuante das sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública previstas na Lei de Licitações, destaca-se o pronunciamento da CGU

[38] PARs 00190.004155/2015-10, 00190.004156/2015-64, 00190.004157/2015-17, 00190.004153/2015-21, 00190.004162/2015-11, 00190.004165/2015-55 e 00190.004163/2015-66.

[39] PARS 00190.025827/2014-40, 00190.004160/2015-22, 00190.004161/2015-77, 00190.004167/2015-44, 00190.025554/2014-33, 00190.004158/2015-53, 00190.025824/2014-14, 00190.025828/2014-94, 00190.025829/2014-39.

[40] PAR 00190.007051/2015-67.

[41] PARs 00190.105384/2018-01 e 00190.106166/2019-67.

[42] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Decisão. 2017. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45946/17/Decisao_reconsideracao_Rodocon_e_outras.pdf

em quatro PARs examinados, em ordem cronológica crescente de decisões proferidas pelo Ministro de Estado da CGU. É importante notar que não foi verificado em fontes públicas se as empresas condenadas possuíam Programas de *Compliance* à época das condenações.

No PAR 00190.004166/2015-08, em que houve condenação da empresa GDK S/A – em recuperação judicial, "por ter efetuado pagamento a agentes públicos da Petrobrás S/A com finalidades ilícitas, tais como exercer influência indevida sobre esses agentes e deles receber tratamento diferenciado"[43], a CGU não se pronunciou sobre a possibilidade de consideração do Programa de *Compliance* como atenuante das sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. No entanto, o Relatório Final da Comissão do PAR indicou a existência de Programa de *Compliance* da empresa como sinalização de mudança de comportamento da empresa. No Relatório Final também foi destacado que "porém que trará poucos efeitos práticos se não for efetivamente adotado por todos os integrantes daquela pessoa física, desde os empregados e até o escalão da alta diretoria"[44].

O segundo PAR analisado trata-se do PAR 00190.004152/2015-86, instaurado contra a empresa MPE Montagens e Projetos Especiais S/A, que teve declaração de inidoneidade determinada "por ter efetuado operações financeiras para pagamento de propina a agentes políticos da Petrobrás S/A"[45]. A Comissão do PAR indicou em seu Relatório Final que a Lei de Licitações não possui orientação de dosimetria e, por analogia, decidiu aplicar a dosimetria do artigo 7º da Lei Anticorrupção. Em relação ao critério de programa de integridade, a Comissão afirmou não haver notícia nos autos de existência de programa de integridade da empresa investigada[46].

No terceiro caso, no PAR 00190.004159/2015-06, foi determinada a declaração de inidoneidade da empresa Techint Engenharia e Construções S/A por ter atuado "de forma concertada e ardilosa, frustrando, direcionando e fraudando certames

[43] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PAR 00190.004166/2015-08. Despacho. 2017. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45934/29/Julgamento_GDK.pdf

[44] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PAR 00190.004166/2015-08. Relatório Final. 2016, parágrafo 83. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45934/31/Relatorio_Final%20_GDK.pdf

[45] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PAR 00190.004152/2015-86. Despacho. 2018. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45980/11/Julgamento_MPE.pdf

[46] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PAR 00190.004152/2015-86. 2018. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45980/13/Relatorio_Final_MPE.pdf

licitatórios direcionados na PETROBRAS em conluio com outras empresas"[47]. Em sua defesa, a empresa defendeu a consideração de circunstâncias atenuantes em caso de hipotética condenação. A Comissão do PAR afirmou em seu Relatório Final que, da leitura da Lei de Licitações, "não há hipóteses que estabelecem atenuantes às condutas relativas ao art. 88, em especial os tipificados em seus incisos II e III"[48], além de não ter identificado atenuantes que seriam aplicadas ao caso concreto, sem detalhar quais atenuantes deveriam ou poderiam ser aplicadas.

Por fim, o quarto PAR trata-se do PAR 00190.025830/2014-63, em que houve condenação da Construtora Queiroz Galvão S/A "por ter atuado em defesa de interesses escusos e particulares, de forma concertada e ardilosa, frustrando, direcionando e fraudando certames licitatórios direcionados na PETROBRAS em conluio com outras empresas"[49]. Conforme a o Relatório Final da Comissão do PAR, a empresa, em sua defesa, requereu a redução de eventual penalidade em razão de seu programa de integridade. No entanto, tal argumento não foi acolhido porque "diante da ativa participação de sua alta gerência"[50], o programa seria totalmente ineficiente. Ademais, a Comissão do PAR destacou que tal mitigação estaria prevista na Lei Anticorrupção, "da qual somente as normas procedimentais, e não substitutivas, são aplicáveis a este caso"[51].

Em síntese, não foi identificada a aplicação de Programa de *Compliance* como atenuante em PARs da CGU, bem como não houve especificação do prazo de duração das sanções de declaração de inidoneidade aplicadas. Apenas no PAR 00190.010713/2013-14 mencionado acima, houve deferimento de Pedido de Reconsideração e foi aplicada sanção de suspensão temporária de participar de licitação entre 4 a 8 meses para as empresas. Também

[47] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PAR 00190.004159/2015-06. Decisão. 2019. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45933/11/Julgamento_Techint.pdf

[48] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PAR 00190.004159/2015-06. Relatório Final. 2018, p. 36. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45933/13/Relatorio_Final_Techint.pdf

[49] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PAR 00190.025830/2014-63. Decisão. 2019. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45975/16/Julgamento_Queiroz%20Galvao.pdf

[50] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. PAR 00190.025830/2014-63. Relatório Final. 2019, parágrafo 160. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45975/19/Relatorio_Final_Queiroz_Galvao.pdf

[51] Ibid., parágrafo 160.

não foi identificada a especificação do ente federativo da Administração Pública em relação ao qual a sanção foi aplicada nas decisões analisadas.

Pela análise da jurisprudência da CGU, nota-se necessidade de harmonização interna acerca do aproveitamento ou não da Lei Anticorrupção para dosimetria das penas previstas na Lei de Licitações, de modo a garantir previsibilidade e segurança jurídica aos jurisdicionados, tendo em vista julgados com opiniões diferentes sobre a possibilidade ou não de se considerar Programa de *Compliance* como atenuante pelas sanções da Lei de Licitações.

Segue quadro comparativo das decisões identificadas do CADE e da CGU envolvendo a aplicação de sanções de restrição de licitar e contratar. Os casos identificados estão listados no Anexo I:

**Quadro 1 – Quadro comparativo das sanções de restrição de licitar e contratar aplicadas pelo CADE e pela CGU**

| | **Processos do CADE** | **Processos da CGU** |
|---|---|---|
| Quantidade de processos com aplicação de sanção | 10 | 13 |
| Existência de avaliação de Programa de *Compliance* como critério de dosimetria | Não identificado | Identificada manifestação da CGU em 4 PARs, mas não houve aplicação do Programa de *Compliance* como atenuante |
| Duração da sanção aplicada | 5 anos | Não especificado para declaração de inidoneidade. Prazo de 4 a 8 meses em um PAR com aplicação de sanção de suspensão temporária de participar em licitação |
| Extensão territorial da sanção aplicada | Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem com entidades da Administração Indireta ou Poder Público | Administração Pública, sem especificação do ente federativo |

Fonte: Elaboração da autora.

## 4. *Safe harbour:* Programa de *Compliance* robusto e eficaz como consequente estratégia para prevenção de prejuízos econômico-financeiros resultantes das sanções de restrição de licitar e contratar com a administração pública

Diante de tal cenário de dúvida e incerteza sobre a utilização do Programa de *Compliance* das empresas como atenuante para sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública e sobre quais critérios seriam de fato utilizados para avaliação de tal Programa, uma solução com maior segurança para as empresas seria a adoção e a promoção de Programa de *Compliance* robusto e eficaz pelas empresas. Dessa forma, as empresas poderiam buscar reduzirem ao máximo a possibilidade de ocorrência de ato ilícito e, consequentemente, reduzirem exposições financeiras e reputacionais resultantes das sanções aplicáveis e da exposição a terceiros dos atos ilícitos praticados.

Muito embora, conforme destacado por Ana Frazão, "a efetividade dos programas de *compliance* dificilmente poderá medida objetivamente", há critérios gerais que podem ser utilizados para avaliação do Programa de *Compliance*[52], como também visto acima. É importante destacar que a implementação e a manutenção de programas de *compliance* robustos são certamente custosas. Ana Frazão e Ana Rafaela Martinez Medeiros destacam alguns desses custos "contratação de especialistas, a elaboração de um código de ética e conduta, a avaliação permanente dos riscos, o investimento contínuo no treinamento dos empregados, a contratação de *compliance officers externos*"[53], dentre outros.

Mesmo que empresas arquem com custos de implementação e adoção de Programa de *Compliance*, é possível que seja utilizado apenas como "mero discurso de retórica"[54]. Para que isso não aconteça, é importante que haja incentivos empresariais interno, mas também "esforço racional e coerente por parte do Estado"[55], além de "fortalecimento do ambiente institucional, isto é, das regras do jogo que deverão ser obedecidas pelos agentes econômicos"[56].

---

[52] FRAZÃO, Ana. Programas de Compliance e Critérios de Responsabilização de Pessoas Jurídicas por Ilícitos Administrativos. In: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Gruspun (Coords). **Direito Empresarial Estudos Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 23- 57, p. 42.

[53] Ibid., p. 80.

[54] Ibid., p. 89.

[55] FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). **Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71-104, p. 89.

[56] Ibid., p. 89.

Calixto Salomão Filho e Vitor Henrique Pinto Ido destacam a necessidade de medidas legais estruturais contra poder político e econômico, além da existência de programas de *compliance* como medidas para combater a corrupção, por exemplo[57].

Esse capítulo não tem o objetivo de exaurir alternativas para que Programas de *Compliance* sejam considerados mais robustos e eficazes na prevenção de atos ilícitos concorrenciais e de corrupção, mas de apresentar algumas possibilidades que podem contribuir para ambiente mais ético e íntegro empresarial e para a avaliação da robustez e da eficácia dos Programas nas dosimetrias da pena pelo CADE e pela CGU. Nesse sentido, como elementos que podem auxiliar na comprovação da robustez e da eficácia de Programas de *Compliance* para fins de dosimetria da pena e também para auxiliar na prevenção de atos ilícitos, no item 3.1 será feita algumas considerações sobre certificações e "marcas" de *compliance*; no item 3.2, analisar-se-á algumas das boas práticas empresariais de *compliance* divulgadas pelo Programa Pró-Ética da CGU; e, no item 3.3. serão examinadas algumas das ações coletivas de *compliance*.

### 4.1. Obtenção de certificações e "marcas" de *compliance* como possíveis elementos para auxiliar a comprovação da robustez e da eficácia do Programa de *Compliance*

Como forma de complementação aos trabalhos realizados para implementação de Programas de *Compliance* robustos e eficazes por empresas, tentativas de obtenção de certificações e "marcas" de *compliance*, notadamente, a ISO 37001 – Sistemas de gestão antissuborno[58] e o Programa Pró-Ética da CGU[59], respectivamente, podem auxiliar na promoção de ambiente ético, tendo em vista os requisitos necessários para obtenção de tais certificações e "marcas".

Em relação ao Programa Pró-Ética da CGU, conforme seu Regulamento, o Programa possui como objetivo o incentivo de empresas "a implementar, de forma voluntária,

[57] SALOMÃO FILHO, Calixto; IDO, Vitor. Global Corruption and Economic Power. In: MUIR WATT, Horatia et al. (Eds.). **Global Private International Law**: Adjudication without Frontiers. Cheltenham: Edward Elgar, 2019, p. 223-225.

[58] ABNT NBR ISO 37001. 2017. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-administracao-publica/documentos/outros-documentos/NBRISO370012017.pdf. Acesso em 16 de maio de 2021.

[59] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Empresa Pró-Ética**. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica. Acesso em 16 de maio de 2021.

medidas para prevenir, detectar e remediar atos de corrupção e fraude, bem como para promover uma cultura organizacional de integridade"[60]. O Programa é nacional e contém como áreas de avaliação: comprometimento da alta direção e compromisso com a ética; políticas e procedimentos; comunicação e treinamento; canais de denúncia e remediação; análise de risco e monitoramento; e transparência e responsabilidade social[61].

Em resumo, o ISO 37001 é uma certificação internacional focada principalmente em sistema de gestão antissurbono, com diversos critérios de análise para obtenção da referida certificação. Tais critérios incluem práticas além de simples elaboração de Códigos de Ética e Conduta, por exemplo, mas avalia parâmetros que demonstrem de certa forma a eficácia do Programa de *Compliance* das empresas. Tais critérios ou parâmetros incluem, por exemplo, o comprometimento da liderança das empresas, políticas internas antissuborno, procedimentos de *due diligence* para controles financeiros e não financeiros, dentre outros.

Em vista da complexidade e dos múltiplos critérios de análise de tais certificações e "marcas" de *compliance*, tais instrumentos podem ser importantes para a promoção de ambiente íntegro e ético nas empresas, além de auxiliar a comprovação da robustez e da eficácia dos Programas de *Compliance*. No entanto, diante das incertezas presentes na jurisprudência brasileira destacada acima, não é evidente como tais certificações e marcas de *compliance* seriam avaliadas por autoridades como CADE e CGU, muito embora a preparação empresarial para obtenção de tais certificações e marcas de *compliance* já possa ser de grande valia na promoção de ambiente íntegro e ético nas empresas no Brasil.

### 4.2. Incentivo a boas práticas internas de *compliance* como meio de prevenção de atos ilícitos concorrenciais e de corrupção

Além do indicado acima, o incentivo a boas práticas empresariais internas pode ser importante promovedor de ambiente empresarial íntegro e ético, como forma de prevenção de

[60] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Regulamento Empresa Pró-Ética 2020-21.** Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/arquivos/documentos-e-manuais/RegulamentoProEtica20202021.pdf. Acesso em 16 de maio de 2021.

[61] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Empresa Pró-Ética 2020-2021**: Documento orientativo para preenchimento do questionário de avaliação. Outubro de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/arquivos/documentos-e-manuais/DocumentoOrientativoPRTICA_20202021.pdf. Acesso em 16 de maio de 2021.

atos ilícitos concorrenciais e de corrupção, diante do cenário de incertezas em relação ao aproveitamento de Programas de *Compliance* na dosimetria das penas. Nesse sentido, vale destacar que a CGU, no âmbito do Programa Pró-Ética, divulga boas práticas das empresas com a marca Pró-Ética.

Dentre as boas práticas, é importante sinalizar alguns dos Programas 2018-2019, 2017 e 2016. A primeira das boas práticas é a publicação e disponibilização de informativos de *compliance* das empresas, como feito pelas empresas 3M e Grupo Fleury[62]. Ademais, a utilização de material audiovisual pode ser importante, como vídeo sobre conduta e conflito de interesses também do Grupo Fleury. No âmbito de políticas e procedimentos, destaca-se iniciativa do Itaú no sentido de criar controles internos para participação em licitações, e exigir registro de interações com agentes públicos, além de divulgar regras para oferecimento de brindes a agentes públicos[63]. No que tange a canais de denúncia e remediação, a CGU publicou como boas práticas da CPFL a existência de canal externo de ética, equipe exclusiva para apurar supostas denúncias, comitê de ética e análise de conflitos de interesses.

As práticas listadas acima são apenas exemplos de como empresas podem usar de criatividade para promoção de iniciativas de boa prática internamente.

### 4.3. Participação em ações coletivas como meio de prevenção de atos ilícitos concorrenciais e de corrupção

Além das práticas acima, as ações coletivas também podem ter relevância na promoção de ambiente empresarial ético e íntegro também como forma de prevenção de atos ilícitos concorrenciais e de corrupção, diante do cenário de incertezas em relação ao aproveitamento de Programas de *Compliance* na dosimetria das penas. O Pacto Global define tais ações no âmbito anticorrupção como "processo coletivo de cooperação entre diferentes

[62] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Boas Práticas 2018-2019**. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/boas-praticas/2018-2019

[63] CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Área 2: Políticas de Procedimentos**. Disponível: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/boas-praticas/entrevistas/2017/politicas-e-procedimentos. Acesso em 18 de maio de 2021.

*stakeholders* que aumentam o impacto e a credibilidade de ações individuais e nivela o jogo entre competidores"[64].

Dentre as ações coletivas no Brasil, é destacada a criação de Cartilha de Integridade no Setor da Construção, mediante cooperação entre treze empresas e duas associações não empresariais[65]. Também foi criada cartilha de integridade[66] no setor de limpeza urbana, resíduos sólidos e fluentes. Ademais, mediante ação coletiva, foi criado o *Compliance*4Health, para elaboração de módulos educacionais para "auxiliar professores universitários das faculdades de medicina na preparação de aulas sobre os seguintes tópicos: 1) Corrupção e Anticorrupção; 2) *Compliance*; e, 3) Cultura Organizacional"[67].

Iniciativas coletivas para promoção de *compliance* são importantes para melhor enfrentamento de dificuldades de maior número de agentes no mercado e na sociedade, podendo inclusive ter maior alcance em relação à adoção de melhores práticas de *compliance* por empresas.

## 5. Conclusão

Diante do cenário de combate à corrupção e de cooperação institucional de órgãos da Administração Pública na agenda de combate à corrupção no Plano Anticorrupção, incluindo o CADE e a CGU, buscou-se avaliar se Programas de *Compliance* são avaliados pelo CADE e a CGU na aplicação da Lei do CADE e da Lei de Licitações, respectivamente, no momento da dosimetria de sanções não pecuniárias de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública.

---

[64] PACTO GLOBAL. **Ações Coletivas Anticorrupção**. Disponível em: https://www.pactoglobal.org.br/pg/acoescoletivas#:~:text=As%20A%C3%A7%C3%B5es%20Coletivas%20Anticorrup%C3%A7%C3%A3o%20s%C3%A3o,na%20luta%20contra%20a%20corrup%C3%A7%C3%A3o.

[65] PACTO GLOBAL. **Integridade no Setor de Construção** – Discutindo os Dilemas e Propondo Soluções para o Mercado. 2018. Disponível em: https://materiais.pactoglobal.org.br/integridade-construcao. Acesso em 16 de maio de 2021.

[66] INSTITUTO ETHOS E PACTO GLOBAL. **Integridade no setor de limpeza urbana, resíduos sólidos e efluentes: casos práticos**, 2019. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/15K-ZabPxaOUevi79YgNnluNUbAdLootN/view. Acesso em 16 de maio de 2021.

[67] Compliance4Health. Disponível em: https://eaesp.fgv.br/centros/centro-estudos-etica-transparencia-integridade-e-*compliance*/projetos/*compliance*4health Acesso em 16 de maio de 2021.

No contexto de tal identificação do papel de Programa de *Compliance* em sancionamento administrativo, partiu-se da hipótese inicial de que o ordenamento jurídico brasileiro, em razão da adoção da heterorresponsabilidade para responsabilização de empresas nas Leis do CADE e de Licitações, não autoriza que Programa de *Compliance*, por mais robusto que possa ser, seja considerado excludente para referida responsabilização. Foi possível notar da análise da legislação aplicável que Programas de *Compliance* podem ser considerados, no máximo, atenuantes da sanção de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública.

Na Lei do CADE, não há previsão expressa sobre Programa de *Compliance* poder ser utilizado como atenuante, mas o Guia de Programas de *Compliance* autoriza expressamente a utilização de tal Programa como atenuante para sanções pecuniárias. Não foi identificada justificativa que impedisse a aplicação, por analogia, de tal atenuante para sanções não pecuniárias, como sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública. No entanto, o exame da jurisprudência do CADE no período de 2015 a 2020 não identificou qualquer julgado em que o Programa de *Compliance* tenha sido avaliado para fins de verificação de sua utilização como atenuante para sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública.

A Lei de Licitações, por sua vez, não prevê nem critérios de dosimetria das sanções administrativas previstas na Lei nem circunstâncias que poderiam ser consideras atenuantes ou agravantes na aplicação das penalidades previstas em lei. Apesar disso, concluiu-se que o Direito Administrativo Sancionador exige a aplicação dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade quando da penalização de empresas. Há, na doutrina, como se viu, entendimento favorável à dosimetria das penas previstas na Lei de Licitações. Em relação à aplicação da Lei de Licitações pela CGU, em nenhum dos casos analisados foi verificada a aplicação do Programa de *Compliance* com atenuante para as sanções de restrição de licitar e contratar com a Administração Pública, apesar de tal argumento ter sido utilizado em alguns casos. Além de não ter havido avaliação do Programa de *Compliance* das empresas, há relatórios recentes das Comissões dos PARs indicando que a Lei de Licitações não prevê circunstâncias atenuantes, não podendo haver aproveitamento da Lei Anticorrupção nesse ponto. Muito embora tenha sido feita tal identificação, a Nova Lei de Licitações inseriu previsão no sentido de que Programas de Integridade devem ser levados em consideração na dosimetria das sanções previstas na Nova Lei de Licitações.

Diante das incertezas e consequentes inseguranças em relação à utilização de Programas de *Compliance* como circunstância atenuante, é importante que as empresas considerem a implementação e adoção de Programas de *Compliance* robustos e eficazes para tentarem prevenir atos ilícitos e mitigar riscos resultantes da ocorrência de tais ilícitos, a fim de também reduzirem as chances de serem sancionadas com sanções de restrição de licitar e contratar. Programas de *Compliance* evidentemente não dependem apenas de adoção de políticas e procedimentos, mas da verdadeira promoção e construção de ambiente empresarial ético e íntegro, com diferentes agentes responsáveis por tal promoção, incluindo o Estado. Sob o ponto de vista empresarial, há práticas que podem auxiliar empresas na promoção de tal ambiente, incluindo certificações, incentivo a boas práticas internas e participação em ações coletivas de *compliance*. Com a adoção de tais práticas, as empresas poderiam mitigar riscos de serem sancionadas por sanções de restrição de licitar e contratar com base na Lei do CADE e na Lei de Licitações pela mitigação da possibilidade de ocorrência do ato ilícito concorrencial e/ou de corrupção, considerando incertezas para as empresas em relação à possibilidade de avaliação do Programa de *Compliance* em dosimetria das penas previstas na Lei do CADE e na Lei de Licitações.

**Referências Bibliográficas**

ABNT NBR ISO 37001. 2017. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-administracao-publica/documentos/outros-documentos/NBRISO370012017.pdf

BRASILIENSE, Raíssa Mamede Lins. **A exclusão da responsabilidade de pessoas jurídicas pela implementação de programas de *compliance* concorrencial**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade de Brasília. Brasília, 2019, p. 52. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/25133/1/2019_RaissaMamedeLinsBrasiliense_tcc.pdf

Compliance4Health. Disponível em: https://eaesp.fgv.br/centros/centro-estudos-etica-transparencia-integridade-e-compliance/projetos/compliance4health

COMITÊ INTERMINISTERIAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO. **Plano Anticorrupção**: Diagnóstico e Ações do Governo Federal. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/anticorrupcao/plano-anticorrupcao.pdf

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. CADE conquista mais um prêmio internacional por atuação na defesa da concorrência. Publicado em 10 de maio de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-

conquista-mais-um-premio-internacional-por-sua-atuacao-na-defesa-da-concorrencia. Acessado em 16 de maio de 2021.

_____. **CADE em Números**. Disponível em: http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true. Acesso em 16 de maio de 2021.

_____. **Guia Programas de Compliance**. Janeiro de 2016. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf

_____. Processo Administrativo 08012.008850/2008-94. Voto da Conselheira Ana Frazão. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?xgSJHD3TI7Rh0CrGYtJb0A1Onc6JnUmZgGFW0zP7uM8aOwwuUhb5bs1WUiG0lWT5rjQ071pEfNu0jZidhVdv5WlTG2GOVjY8VdA3fvZGvU9A1pscVbS6mU446ugVPCkn.

_____. Processo Administrativo 08012.003706/2000-98. Relatório, 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN8bXsthjt6jZiiDm6eNkdUquUpfNqaN88ympS5--pNZqUeEYvUDqMq2ssxs0aYp2QDyuWmgj6punSRz1VsuXo9.

_____. Processo Administrativo 08012.006130/2006-22. Voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMk7gxf3b-ZPbDXzQUQ8kH7l7V-dtwmqs3zstICVZACYiSzqM7AmOa5MpYxdy3WMIvlosf0ToYPpJ3xZreONlHe.

_____. Processo Administrativo 08012.008821/2008-22. Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo. 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPQrNhNlQY1fJWMVS2O-gIW3joeZbU0Nyma6gJX3oKI8AbgwPSHL7nptANhIYGfzV1BRCCjgS16VBHYZZV3A0ky

_____. Processo Administrativo 08012.008850/2008-94. Voto-vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro. 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO6yEROhfyyoMa7o15UvZkOQKX2R0kvIH-ELix7augmE9VeukEG8XlOt46kkgeOK4wNtyseGkGtbFdnJMfhJAeP

_____. Processo Administrativo 08700.004617/2013-41. Voto do Conselheiro João Paulo de Resende. 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPf7BJ8TKXiAj64uRZfulL5o-Z_AOogkHiscpZ4wVk0YAIvoX2c4mRJJXQ2QPPdGXijXOGTg6gZvAsRpdxu2DT4.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. Área 2: Políticas de Procedimentos. Disponível: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/boas-praticas/entrevistas/2017/politicas-e-procedimentos. Acesso em 18 de maio de 2021.

_____. Boas Práticas 2018-2019. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/boas-praticas/2018-2019

_____. Decisão. 2017. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45946/17/Decisao_reconsideracao_Rodocon_e_outras.pdf

_____. Empresa Pró-Ética 2020-2021: Documento orientativo para preenchimento do questionário de avaliação. Outubro de 2020. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/arquivos/documentos-e-manuais/DocumentoOrientativoPRTICA_20202021.pdf

_____. Empresa Pró-Ética. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica

_____. PAR 00190.004152/2015-86. 2018. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45980/13/Relatorio_Final_MPE.pdf

_____. PAR 00190.004152/2015-86. Despacho. 2018. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45980/11/Julgamento_MPE.pdf

_____. PAR 00190.004159/2015-06. Decisão. 2019. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45933/11/Julgamento_Techint.pdf

_____. PAR 00190.004159/2015-06. Relatório Final. 2018. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45933/13/Relatorio_Final_Techint.pdf

_____. PAR 00190.004166/2015-08. Despacho. 2017. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45934/29/Julgamento_GDK.pdf

_____. PAR 00190.004166/2015-08. Relatório Final. 2016. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45934/31/Relatorio_Final%20_GDK.pdf

_____. PAR 00190.025830/2014-63. Decisão. 2019. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45975/16/Julgamento_Queiroz%20Galvao.pdf

_____. PAR 00190.025830/2014-63. Relatório Final. 2019. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/45975/19/Relatorio_Final_Queiroz_Galvao.pdf

_____. Regulamento Empresa Pró-Ética 2020-21. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/etica-e-integridade/empresa-pro-etica/arquivos/documentos-e-manuais/RegulamentoProEtica20202021.pdf.

_____. Repositório de Conhecimento da CGU: Processo Administrativo de Responsabilização (PAR). Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/45833. Acesso em 16 de maio de 2021.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Programas de Compliance e Critérios de Responsabilização de Pessoas Jurídicas por Ilícitos Administrativos. In: ROSSETTI, Maristela Abla; PITTA, Andre Gruspun

(Coords). **Direito Empresarial Estudos Contemporâneos**. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 23- 57.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). ***Compliance*: perspectivas e desafios dos programas de conformidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 71-104.

INSTITUTO ETHOS E PACTO GLOBAL. **Integridade no setor de limpeza urbana, resíduos sólidos e efluentes: casos práticos**. 2019. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/15K-ZabPxaOUevi79YgNnluNUbAdLootN/view

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos** [livro eletrônico]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1 ed., 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 65, p. 193-206, maio-ago de 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista65/revista65_193.pdf

PACTO GLOBAL. **Ações Coletivas Anticorrupção**. Disponível em: https://www.pactoglobal.org.br/pg/acoescoletivas#:~:text=As%20A%C3%A7%C3%B5es%20Coletivas%20Anticorrup%C3%A7%C3%A3o%20s%C3%A3o,na%20luta%20contra%20a%20corrup%C3%A7%C3%A3o.

_____. Integridade no Setor de Construção – Discutindo os Dilemas e Propondo Soluções para o Mercado. 2018. Disponível em: https://materiais.pactoglobal.org.br/integridade-construcao

PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Detalhamento da Penalidade – Cadastro Nacional de Empresas Punidas** (CNEP). Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes/cnep?paginacaoSimples=true&tamanhoPagina=&offset=&direcaoOrdenacao=asc&ufSancionado=DF&colunasSelecionadas=linkDetalhamento%2CcpfCnpj%2Cnome%2CufSancionado%2Corgao%2CtipoSancao%2CdataInicialSancao%2CdataFinalSancao%2CvalorMulta%2Cquantidade. Acesso em 16 de maio de 2021.

REMEDIO, Davi Pereira; REMEDIO, José Antonio. Direito e Desenvolvimento: Corrupção Administrativa e Ação Civil por Improbidade Administrativa. RDU**,** Porto Alegre, vol. 14, n. 81, 2018, 102-122, maio-jun 2018. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2890/pdf

SALOMÃO FILHO, Calixto; IDO, Vitor. *Global Corruption and Economic Power. In:* MUIR WATT, Horatia et al. (Eds.). ***Global Private International Law: Adjudication without Frontiers.*** Cheltenham: Edward Elgar, 2019, p. 223-225.

SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION. ***Complaint. 2020***. Disponível em: https://www.sec.gov/litigation/complaints/2020/comp-pr2020-88.pdf

SERRANO, Antonio Carlos Alves Pinto. O direito administrativo sancionador e a individualização da conduta dos agentes sancionados. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 7, n. 1, p. 119—138, 2020.

ZARDO, Franscisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos** [livro eletrônico]: com as alterações da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

## Anexo I – Processos Administrativos e sanções aplicadas pelo CADE e pela CGU

| Ano da decisão | Número do processo | Autoridade sancionadora | Sanção aplicada | Extensão territorial da sanção de restrição de licitar e contratar | Duração da sanção de restrição de licitar e contratar |
|---|---|---|---|---|---|
| **2015** | 08700.006551/2015-96 | CADE | Proibição de contratar | Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração Indireta | Prazo não inferior a cinco anos |
| **2015** | 08012.003706/2000-98 | CADE | Proibição de participar de procedimentos que impliquem contratação direta ou indireta com o poder público, ainda que por dispensa ou inexigibilidade de licitação | Poder público | 5 anos |
| **2015** | 08012.010932/2007-18 | CADE | Proibição de participar de licitação pública | Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração Indireta | 5 anos |
| **2015** | 08700.011276/2013-60 | CADE | Proibição de participar de licitação pública | Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração Indireta | 5 anos |
| **2016** | 08012.008821/2008-22 | CADE | Proibição de contratar | Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração Indireta | Prazo não inferior a cinco anos |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **2016** | 08012.008850/2008-94 | CADE | Proibição de participar de licitação pública | Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta | 5 anos |
| **2016** | 00190.004151/2015-31 | CGU | Declaração de inidoneidade | Não especificado | Não especificado em fontes públicas |
| **2016** | 00190.004173/2015-00 | CGU | Declaração de inidoneidade | Não especificado | Não especificado em fontes públicas |
| **2016** | 00190.025826/2014-03 | CGU | Declaração de inidoneidade | Não especificado | Não especificado em fontes públicas |
| **2016** | 00190.025831/2014-16 | CGU | Declaração de inidoneidade | Não especificado | Não especificado em fontes públicas |
| **2017** | 08012.006130/2006-22 | CADE | Proibição de participar de licitação pública | Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração Indireta | 5 anos |
| **2017** | 00190.004150/2015-97 | CGU | Declaração de inidoneidade | Administração Pública | Não especificado em fontes públicas |
| **2017** | 00190.004164/2015-19 | CGU | Declaração de inidoneidade | Administração Pública | Não especificado em fontes públicas |
| **2017** | 00190.004166/2015-08 | CGU | Declaração de inidoneidade | Administração Pública | Não especificado em fontes públicas |
| **2017** | 00190.010713/2013-14 | CGU | Suspensão temporária de participar de licitação e contratar | Administração | 4, 6 e 8 meses |
| **2018** | 08012.005882/2008-38 | CADE | Proibição de participar de licitação pública | Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração Indireta | Prazo não inferior a cinco anos |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **2018** | 00190.004152/2015-86 | CGU | Declaração de inidoneidade | Administração Pública | Não especificado em fontes públicas |
| **2018** | 00190.004154/2015-75 | CGU | Declaração de inidoneidade | Administração Pública | Não especificado em fontes públicas |
| **2019** | 08700.004617/2013-41 | CADE | Proibição de participar de licitação pública | Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração Indireta | 5 anos |
| **2019** | 00190.004159/2015-06 | CGU | Declaração de inidoneidade | Administração Pública | Não especificado em fontes públicas |
| **2020** | 08012.009732/2008-01 | CADE | Proibição de participar de licitação pública | Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da Administração Indireta | 5 anos |
| **2020** | 00190.004169/2015-33 | CGU | Declaração de inidoneidade | Administração Pública | Não especificado em fontes públicas |
| **2020** | 00190.025830/2014-63 | CGU | Declaração de inidoneidade | Administração Pública | Não especificado em fontes públicas |

Fonte: Elaboração da autora.

# 13. MARCO REGULATÓRIO DE SANEAMENTO BÁSICO: REVISITANDO A CONCORRÊNCIA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO NA ÓTICA DA NEUTRALIDADE CONCORRENCIAL

## *13. BASIC SANITATION REGULATORY FRAMEWORK: REVISITING COMPETITION IN THE PROVISION OF PUBLIC SERVICES FROM THE PERSPECTIVE OF COMPETITIVE NEUTRALITY*

Luciano Ramos de Oliveira

**SUMÁRIO**: 1. INTRODUÇÃO 2. A CONCORRÊNCIA ESTATUÍDA PELA LEI 14.026 DE 2020 NO SETOR DE SANEAMENTO BÁSICO. 3.NEUTRALIDADE CONCORRENCIAL NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SANEAMENTO: A JURISPRUDÊNCIA DO STF COMO ÓBICE DA LIVRE CONCORRÊNCIA PREVISTA NA LEI 14.026 de 2020 3.1. Breves notas acerca da neutralidade concorrencial 3.2. A imunidade tributária e o STF: as estatais de saneamento básico à luz da neutralidade concorrencial 4. POSSÍVEIS PERSPECTIVAS DA ATUAÇÃO DO CADE À LUZ DO MARCO LEGAL DO SANEAMENTO BÁSICO 4.1. Atuação do CADE no setor de saneamento básico 4.2. Novos desafios ao CADE na perspectiva da neutralidade concorrencial 5. CONCLUSÃO.

**RESUMO**: O presente artigo se propõe a analisar se a Lei 14.026 de 2020 (Marco legal do saneamento básico), de fato, inseriu elementos que viabilizam a concorrência nesse setor em um cenário de empresas deficitárias, estatais em maior parte, munidas de imunidade tributária por decisões do Supremo Tribunal Federal e com existência de forte monopólio natural. Para tanto, realizar-se-á inquirição nos temas da neutralidade concorrencial e da jurisprudência do STF no que toca à imunidade tributária recíproca, verificando-se se, no novo cenário regulatório, existe possibilidade de concorrência efetiva entre os *players* do setor ou se tal concorrência se limita à esfera meramente formal.

**ABSTRACT**: *The objective of this article is to analyze and understand whether Law No. 14.026 of 2020 (a legal and regulatory milestone for basic sanitation) inserted elements that enable competition in the Brazilian sanitation sector in a scenario of deficient companies, usually state-owned companies, mostly equipped with tax immunity by decisions of the Supreme Federal Court and in a sector with a strong natural monopoly. To this end, there will be an inquiry into the issues of competitive neutrality and the jurisprudence of the Supreme Court regarding reciprocal tax immunity, verifying whether there is the possibility of effective competition between players in the sector or even if such competition is limited to the purely formal sphere.*

## 1. Introdução

A Lei 14.026 de 2020 inseriu novas perspectivas de regulação e de prática de mercado na Lei 11.445 de 2007, a qual estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e para política federal de saneamento básico, na medida em que inaugurou o fomento à livre concorrência em um setor tipicamente conhecido como serviço público na qualidade de monopólio natural.

Doutrinariamente, a concorrência no âmbito da prestação de serviços públicos sempre foi alvo de vários embates, especialmente em razão do imperativo da universalidade do serviço público empregado em tal seara. Assim, a questão da concorrência na prestação de serviços públicos em que se identifica o monopólio natural revela questão ainda mais complexa[1].

Tal temática ganha realce na medida em que empresas estatais podem concorrer com particulares no âmbito do mercado, fato que revela a problemática da neutralidade concorrencial e a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Vê-se que a inserção da livre concorrência na prestação de serviço público de saneamento básico sinaliza a seguinte pergunta: tendo em vista a inviabilidade histórica de concorrência no mercado de saneamento básico, teria a Lei 14.026 de 2020 inserido elementos que viabilizam o ambiente competitivo no setor?

O serviço público de saneamento básico tem como nota distintiva a qualidade de monopólio natural, haja vista a inviabilidade de concorrência na prestação do serviço por diversos agentes e ao mesmo público-alvo. Assim, apesar da importante alteração legislativa, a mera declaração de livre iniciativa pelo marco do saneamento básico é insuficiente para estabelecer a livre concorrência em sua plenitude, limitando sua incidência somente na fase licitatória do setor. Tal questão será abordada a partir da análise da doutrina acerca da viabilidade de concorrência na prestação de serviços públicos, o que permitirá concluir pela

[1] FILHO, Marçal Justen**. Curso de Direito Administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016; NORONHA, João Otávio de. et.al. (coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

(in)viabilidade de se concretizar a livre concorrência prevista no marco legal do saneamento básico.

Além disso, acrescenta-se o fato de que a neutralidade concorrencial é quase impraticável no setor de saneamento básico, tendo em vista que diversas empresas (incluindo-se estatais) gozam de imunidade recíproca por meio de decisão judicial prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, fato que repele o equilíbrio concorrencial entre os novos agentes econômicos e aqueles que já prestam o referido serviço. Para que se entenda tal debate na doutrina e jurisprudência nacional, passar-se-á a uma breve incursão nos julgados do STF e na literatura correlata.

Após estabelecidas as premissas da presente pesquisa, buscar-se-á considerar o espectro de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica à luz do novo marco legal do saneamento, permitindo mensurar em que medida a Autarquia poderá fazer as devidas intervenções para restaurar o princípio da livre concorrência no setor.

Finalmente, serão apresentadas as conclusões.

## 2. A concorrência estatuída pela Lei 14.026 de 2020 no setor de saneamento básico

A intervenção do Estado como agente econômico no mercado abre vasto campo para diversas pesquisas[2], as quais podem tanto envolver a temática do Estado como empresário, quanto a figura do Estado como regulador.

No caso das empresas estatais, sobretudo as sociedades de economia mista, que prestam serviços públicos, constam como elemento pragmático central a consecução de finalidade e de interesses públicos determinados em lei, na condição de empresário ou controlador, a despeito de gerar "sobras positivas", e não possuem, ao menos em tese, a finalidade de obtenção e distribuição de lucro.[3]

[2]"No caso das empresas públicas o Estado é (sob uma perspectiva preponderantemente pragmática) empresário, e no das sociedades de economia mista é o controlador da sociedade empresária.". JUNIOR, Walfrido Jorge Warde. Legislador Frankenstein! – não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais. In: NORONHA, João Otávio de. et.al. (coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p.69.

[3] Idem, 2017, p.70.

Consoante ilustra a doutrina, o serviço público consiste em atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades da coletividade vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada.[4]

A proposta do capítulo recai justamente na abordagem que respeita a interação entre concorrência e prestação de serviços públicos de saneamento básico promovida pelo marco legal do saneamento básico (Lei 14.026 de 2020).

Parte da doutrina administrativista[5] delimita o conceito de serviço público — sem pretensões de esgotar o tema — no aspecto de que não basta que tal atividade prestacional esteja vinculada diretamente aos direitos fundamentais, mas também da necessária inadequação da prestação aos mecanismos da livre iniciativa privada para satisfação de interesses e necessidades correspondentes. Admite-se, contudo, que é possível a coexistência de atividade com objetivo de prestar serviços públicos sob o regime de direito público e de atividade econômica privada, desde que esta última seja plenamente apta a produzir a satisfação da atividade de modo adequado.[6]

Nota-se que tal abordagem se limita à perspectiva conceitual do que seria serviço público, mas não dispõe sobre a (in)compatibilidade da concorrência no que toca ao Estado e particulares que prestam serviços públicos. Aqui reside a inovação legislativa no campo do saneamento básico em desate.

No transcorrer das décadas, o paradigma (aparente) passou a ser discutido no âmbito doutrinário, tornando-se admissível certa transformação na prestação de serviços públicos no sentido de atribuir à iniciativa privada, ainda que timidamente, o exercício de tal mister[7]. Tal giro doutrinário não se inclinou àqueles serviços públicos em que por razões

[4] FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2016, p. 549.

[5] Idem, p. 552.

[6] Idem ibidem. em.

[9]GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. Malheiros: São Paulo, 2010, p.132; e ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, 2003, p. 312.

técnicas ou por caracterizar monopólio natural se tornaram inviáveis para a exploração pela atividade econômica.[8]

A singularidade da prestação de serviços públicos de saneamento reside no próprio objeto de prestação, tendo em vista que tal objeto se divide, basicamente, em: tratamento e distribuição de água[9]; coleta e tratamento de esgoto[10]; manejo de água da chuva; e coleta de resíduos sólidos.

Vê-se que para a exploração do objeto da prestação de serviço público de saneamento é necessária a utilização de infraestrutura e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais. Ou seja, a concorrência padece na justa medida em que faticamente é inviável a instalação de infraestrutura por diversos *players* para oferecer ao consumidor final o mesmo serviço[11].

Remanesce, assim, apenas a possibilidade de prestação de serviço de coleta de resíduos sólidos no âmbito da livre concorrência, justamente por prescindir de infraestrutura para sua execução. Tal possibilidade resguarda à Administração Pública a discricionariedade sobre a conveniência e oportunidade para o cindir dos demais serviços.

Parece, portanto, que, não obstante seja viável a concorrência na prestação de serviços públicos (conflito aparente), a atividade de saneamento básico integra o bloco tradicional de serviços públicos que "são irremediavelmente insuscetíveis de competição (p.ex., a gestão de muitas das redes necessárias à prestação de serviços públicos)", de forma que a sua desregulação concorrencial levaria à substituição do monopólio público pelo monopólio

---

[8] "(...) Na maioria das vezes não mais há correspondência entre a natureza pública do serviço (titularidade estatal – publicatio) e sua gestão estatal: ainda que o serviço seja estatal, o Estado só o presta diretamente quando, apesar dos programas e controles impostos, a livre concorrência não for capaz de provê-los satisfatoriamente". ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, 2003, p.314 -316.

[9] Prestação de serviço de captação, adução, coagulação, floculação, decantação, filtragem, desinfecção, reservação. Disponível em: https://blog.brkambiental.com.br/saneamento-basico/. Acesso em 4.5.2021.

[10] Prestação de serviço de gradeamento, desarenação, tratamento biológico, decantação e descarte. Disponível em: https://blog.brkambiental.com.br/saneamento-basico/. Acesso em 4.5.2021.

[11] "A universalização, nesse setor [saneamento], constitui um valor essencial e ainda por ser concretizado na maior parte do território brasileiro, sendo comum, no direito comparado e no país, a delegação desses serviços, em regime de exclusividade, à iniciativa privada. Nesse sentido, a Jurisprudência do CADE reconhece setor de saneamento básico como monopólio natural, tendo em vista ser 'inviável economicamente a instalação e exploração por mais de uma concessionária em uma mesma localidade'". SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.303.

privado[12]. Portanto, resta a indagação: perante o histórico do setor de saneamento, em que medida a Lei 14.026 de 2020 pode fomentar concorrência?

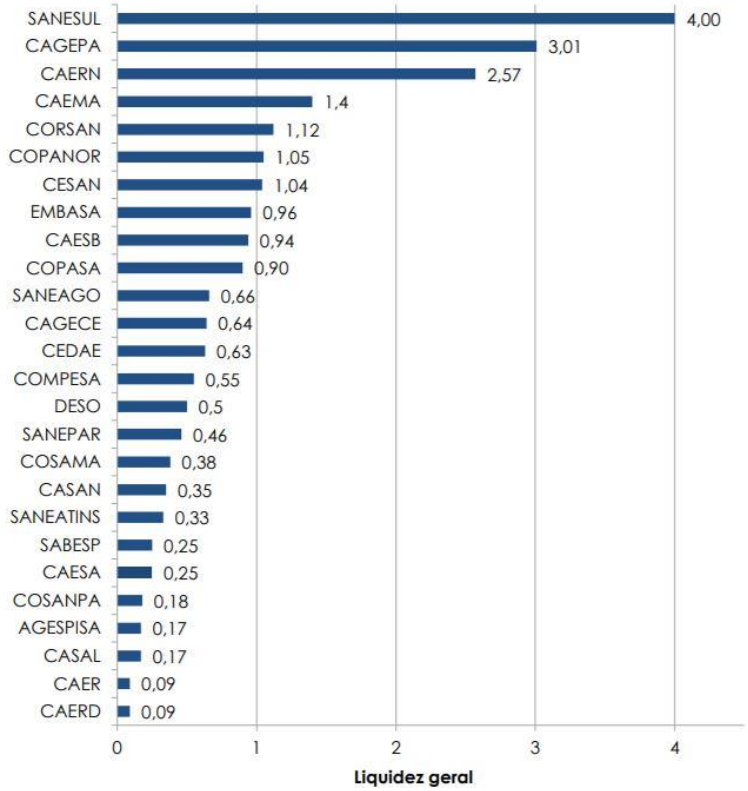
Cíntia Leal Marinho de Araújo aborda a questão à luz da inibição de abuso de poder e destaca ser "primordial que se promova no saneamento básico uma concorrência efetiva pela prestação do serviço (competição pelo mercado) ainda que não seja salutar que haja concorrência na prestação do serviço (competição no mercado)"[13].

O novo marco legal do saneamento incide em uma conjuntura de déficit financeiro na maioria das prestadoras de serviço de saneamento de abrangência regional. Segundo o Diagnóstico do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS, o índice de liquidez adequado deve ser igual ou maior do que 1, o que permite entender que a empresa possui capital equivalente ou superior as suas obrigações de longo prazo e servindo como "referência para a maioria dos pagamentos, representando assim a saúde do caixa frente a todos os compromissos financeiros assumidos", conforme resultado apurado no ano de 2019 em relação aos prestadores de serviços:

[12] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, 2003, p.321.

[13] ARAÚJO, Cíntia Leal Marinho de. et.al. **O novo marco do saneamento e a remoção da barreira de investimentos privados**. Disponível em: http://www.brasil-economia-governo.org.br/2021/01/18/o-novo-marco-do-saneamento-e-a-remocao-da-barreira-aos-investimentos-privados/. Acesso em 6.7.2021.

**Gráfico 13.2 - Índice de liquidez geral (IN062), de acordo com os dados do SNIS em 2019, segundo os prestadores de serviço de abrangência regional**




Fonte: Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto do Diagnóstico do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS de 2019[14]

O quadro financeiro das empresas de saneamento básico não apresenta bons resultados, segundo demonstrado pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS, afora o excesso de normas regulatórias e contratuais estabelecidas pelas agências infranacionais. Este é o ambiente de incidência da nova lei de saneamento.

Com esteio nesse cenário, a Lei 14.026 de 2020 reforma estruturalmente[15] o setor de saneamento básico brasileiro sob a ótica concorrencial pelo mercado em ao menos dois temas: (i) inauguração de novo ambiente regulatório por meio da Agência Nacional das Águas – ANA; e (ii) inovação quanto aos instrumentos contratuais.

[14]Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2019/Diagn%C3%B3stico_SNIS_AE_2019_Republicacao_31032021.pdf. Acesso em 30.6.2021.

[15] Idem ibidem.

Segundo o novo marco legal, caberá à ANA a governança das agências reguladoras infranacionais, conforme art. 4º-A, §1º, inciso VIII. Tal mister da Agência será exercido sob a qualidade de autarquia especial, dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, e em atenção aos princípios do art. 21 da Lei 11.445/2007 (transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões).

A inovação regulatória agrega no combate às barreiras de entrada de novos agentes no setor, tendo em vista que o cenário nacional era composto por cerca de 60 agências reguladoras infranacionais[16], as quais dispunham de normas e regulamentos próprios, situação que contribuía para o cenário normativo caótico no setor de saneamento.

O marco legal incumbiu à ANA as competências de regulação econômica, técnica e contratual, as quais possibilitam à Agência padronizar matérias como (art.4º-A, incisos I, II, III, IV e V, da Lei 14.026 de 2020): (i) padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico; (ii) regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico; (iii) padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades; e (iv) critérios para a contabilidade regulatória.

O que se verifica é que a robusta alteração legislativa no setor busca estabelecer, pelo menos em primeiro momento, a operação das atividades de saneamento básico em um ambiente concorrencialmente neutro, haja vista as disposições legais aplicáveis que obrigam as agências infranacionais, os agentes econômicos e o ente federativo licitante à cumprirem padrões de capacidade técnica, econômica e contratual.

[16] Disponível em: https://www.ana.gov.br/saneamento/agencias-reguladoras-subnacionais. Acesso em: 30.6.2021.

Assim, na ausência de concorrência no mercado, todas as condições concorrenciais relevantes (preço, qualidade, quantidade, investimentos etc.) estarão estabelecidas pela ANA[17] – para fins inauguração de certame licitatório (concorrência pelo mercado).

Nesse ponto, a inovação legislativa (art.2º, inciso XV, da Lei 11.445 de 2007, introduzido pela Lei 14.026 de 2020) somente surtirá efeitos para fins de concorrência nos certames licitatórios dos blocos disponíveis para a prestação de serviços de saneamento, no mesmo passo do que foi apontado pela Comissão Europeia em ato de concentração em empresa do setor de saneamento básico:

Nos mercados de serviços públicos, a concorrência tem relevância essencialmente no marco das licitações públicas. As autoridades locais determinam as condições que os prestadores do serviço devem respeitar e os paramentos sob os quais a decisão de adjudicação deve se embasar. Essas condições são públicas. Não existe a possibilidade de negociar condições de prestação de serviço antes da licitação e as decisões de adjudicação, assim como o conteúdo das ofertas ganhadoras também é público. [18]

Nesses termos, ainda que se adota a nova perspectiva da Lei 14.026 de 2020 em relação ao estabelecimento de concorrência em certames de licitação (fase anterior à prestação propriamente dita) para contratação de empresas (públicas ou privadas) a partir de um novo cenário regulatório, resta a indagação: é possível zelar pela neutralidade concorrencial, permitindo que a livre concorrência surja como fundamento do setor de saneamento básico ante inúmeros reconhecimentos de imunidade tributária pelo STF às estatais de saneamento?

[17] COELHO, Gustavo Flausino; DA SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves. **A obrigatoriedade de aprovação concorrencial para operações de cessão de direitos de exploração e produção de petróleo e gás e a lei 12.529/2011.** Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Ricardo-Mafra/publication/277816611_A_obrigatoriedade_de_aprovacao_concorrencial_para_operacoes_de_cessao_de_direitos_de_exploracao_e_producao_de_petroleo_e_gas_e_a_Lei_n_125292011_Obligation_of_antitrust_filing_for_assignments_of_oil_a/links/5574f1b308ae7536374ff42d/A-obrigatoriedade-de-aprovacao-concorrencial-para-operacoes-de-cessao-de-direitos-de-exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas-e-a-Lei-n-12529-2011-Obligation-of-antitrust-filing-for-assignments-of-oil.pdf. Acesso em: 30.6.2021.

[18] Decisão da Comissão Europeia M1635, j. em 4.3.1991 apud SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura.** São Paulo: Saraiva, 2013, p.216-217.

## 3. Neutralidade concorrencial na prestação de serviços de saneamento: a jurisprudência do STF como óbice da livre concorrência prevista na Lei 14.026 de 2020

O presente capítulo buscará expor a dinâmica do setor de prestação de serviços públicos de saneamento a partir da aprovação do marco legal do saneamento básico, partindo da exposição sobre a neutralidade concorrencial no item 3.1 e, por conseguinte, as implicações dos entendimentos firmados pelo STF em matéria de imunidade recíproca às estatais no âmbito da concorrência na subseção 3.2.

Importante apontar que a alteração legislativa (Lei 14.026 de 2020) inseriu novas perspectivas de regulação e de prática de mercado na Lei 11.445 de 2007, a qual estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e para política federal de saneamento básico.

Em síntese, as mudanças centrais na legislação vigente concentram-se basicamente em: i) estabelecimento de novos objetivos, metas e princípios (arts.2º, 48 e 49 da Lei 11.445 de 2007); ii) atribuição à ANA a competência de instituir normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico (art. 3º, *caput*, da Lei 9.984 de 2000); e iii) determinar a efetiva competitividade no processo de licitação das empresas para fins de futura prestação dos serviços de saneamento básico (art.2º, inciso XV, da Lei 11.445 de 2007).

Notadamente, no cenário em que as companhias públicas de saneamento são responsáveis por 70% (setenta por cento) do mercado nacional[19], as alterações normativas impostas pela Lei 14.026 de 2020 impendem reflexão acerca de consagrados debates como a neutralidade concorrencial, assim como sobre a posição jurisprudencial acerca do principal elemento abordado na temática neutralidade, qual seja, incentivos tributários (imunidade) reconhecidos às empresas estatais.

[19] Disponível em: https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/07/19/com-marco-do-saneamento-estatais-tem-de-se-reinventar-para-sobreviver.htm. Acesso em 15.5.2021.

### 3.1. Breves notas acerca da neutralidade concorrencial

A Constituição Federal de 1988 institui ordem econômica e financeira no sistema normativo constitucional, ordem pautada pela livre iniciativa[20], pelas leis de mercado e pela livre concorrência[21].

Restou assentado, ainda, por meio da norma constitucional do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, que a "lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Acrescenta-se, também, que a norma do art. 174 da Constituição Federal aponta que o Estado ostentará tão somente a função normativa e reguladora — função de fiscalização, incentivo e planejamento —, sendo tal premissa vinculante ao Poder Público e meramente indicativa ao setor privado.

De tal modo, é claro conceber que a atual sistemática constitucional vigente ao mesmo tempo que restringe a intervenção estatal no campo econômico, busca garantir que o Estado exerça, em caráter excepcional, a intervenção na livre iniciativa para coibir abuso de poder econômico por meio de agentes do livre mercado.

Portanto, para o regular funcionamento da livre iniciativa e livre concorrência se faz necessário que o Estado paute suas políticas públicas (fiscais e extrafiscais) de modo a não realizar interferência no âmbito concorrencial, em outros termos, que se adote a neutralidade[22] como principal vetor no exercício de políticas fiscais ou extrafiscais.

---

[20] "A afirmativa de Irti pode ser transposta para o Brasil fundada no art. 170 da Constituição de 1988, que garante a liberdade de iniciativa econômica. Nas palavras de Irti, liberdade de iniciativa não é apenas a liberdade de promover, ou não, atividade industrial, comercial ou financeira, mas significa também liberdade de acesso, liberdade de entrar em certo ramo da atividade negocial, de competir com outros pelo que a liberdade de iniciativa se liga diretamente à concorrência". SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. Atividade Empresária e Mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 32.

[21] BASTOS, Celso Ribeiro**. O Princípio da Livre Concorrência na Constituição Federal.** Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 10, 1995 p. 191.

[22] A neutralidade concorrencial também é abordada no seguinte sentido: Cumpre ressaltar que, nesse trabalho, entende-se por neutralidade concorrencial quando a análise de atos de concentração e condutas anticompetitivas não privilegia os interesses estatais (sejam eles no mercado interno ou externo). Isso é, trata-se da análise antitruste que não sobrepõe possíveis interesses do Estado em incentivar o crescimento de determinado setor em detrimento de um mercado competitivo. Tal discussão se aplica especialmente à questão dos campeões nacionais, pois, conforme visto anteriormente, a política de fortalecimento setorial e de empresas específicas visa justamente alterações no ambiente competitivo. FUJIMOTO, Mônica Tiemy. JBS e Atos De Concentração: Neutralidade Concorrencial ou alinhamento com a política dos campeões nacionais?. In: **Mulheres no antitruste** / organização Agnes Macedo de Jesus, Amanda Athayde, Isabela Maiolino, Juliana Oliveira Domingues, Leonor Cordovil e Mylena Augusto de Matos. São Paulo: Editora Singular, 2018, p.262.

Contudo, vale o destaque, consoante lição de Luís Eduardo Schoueri[23], de que a livre concorrência não assegura que os agentes econômicos atuem no campo concorrencial sem qualquer interferência estatal. A livre concorrência é, inicialmente, uma garantia de que a concorrência deve ser alcançada, considerando o fato de que o poder constituinte valorou o princípio como critério de busca da existência digna de todos.

Quanto ao ponto, é lapidar o magistério de Humberto Ávila[24] ao expor que a "neutralidade representa uma manifestação estipulada da própria igualdade na sua conexão com o princípio da liberdade de concorrência, notadamente no aspecto negativo da atuação estatal" e explica que a neutralidade não é diferente da igualdade, mas apenas um aspecto dela, precisamente quando se procura, em vez de verificar o direito do contribuinte, analisar o dever negativo por parte do ente estatal, decorrente da consideração dos efeitos da livre concorrência.

Segundo apontam outros doutrinadores[25], a norma do art. 146-A da Constituição Federal de 1988[26] traduz verdadeira limitação à atuação do Estado em relação ao poder de tributar, ou seja, representa restrição apenas na seara tributária no que toca à arrecadação[27].

No ponto de vista de mercado, Rachel Sztajn disserta a respeito da necessidade de ordem e liberdade para o bom funcionamento do mercado:

A teia de normas sociais que se cria em mercados precisa ser estudada no sentido de se aperfeiçoá-las para que não se tolham as liberdades individuais na decisão. Por isso é que

[23] SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes questões atuais do direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2007, p.244, vol.11.

[24] ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.99. No mesmo sentido: SILVEIRA, Rodrigo Maito. **Tributação e concorrência**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p.102.

[25] BRAZUNA, José Luis Ribeiro. **Defesa da concorrência e tributação — à luz do artigo 146-A da Constituição.** São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.187.

[26] Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

[27] De outra banda, Hamilton Dias de Souza pondera que a norma do art. 146-A não se limita apenas como fim arrecadatório: "Não se presta a ser instrumento meramente arrecadatório, não podendo ser instituídos tributos com base no dispositivo constitucional examinado [art.146-A]. O critério de validação da competência é finalístico, não condicional. O bem protegido é o mercado como patrimônio nacional, na acepção do art. 219 da Constituição Federal não se prestando a regular questões concorrenciais entre empresas privadas.

as instituições devem visar à diminuição de riscos de abuso de poder, seja do governo, seja de particulares[28].

Indo além do cenário nacional, a questão da neutralidade concorrencial tem sido alvo de sucessivas reflexões e investidas institucionais em outros continentes. A título de exemplo, a Comissão Europeia apurou o caso da empresa estatal (*State-Owned Enterprise*) alemã Deutsche Post em que identificou a utilização do monopólio postal para subsidiar a demanda de entrega de encomendas, prejudicando, assim, demais *players* daquele mercado[29]:

> *"The EC found that Deutsche Post had used profits from its state-granted monopoly in letter mail services to subsidize efforts to dominate the parcel delivery business in Germany by pricing below cost and undercutting competitors.12 The EC ordered Deutsche Post to divest its parcel delivery business and to engage the new owner only on an arm's-length basis for any continuing commercial relationships The Deutsche Post case could soon become instructive to SOEs owned by the U.S. government, as they become subject to various forms of competition law. (...)*
> *Deutsche Post AG (DPAG) is a public limited company that in 1995 succeeded to Deutsche Bundespost Postdienst, which was a section of a special federal fund. Deutsche Post functions much like the U.S. Postal Service and has a profitable letter mail monopoly in Germany.53 Deutsche Post also has a business parcel delivery operation that faces competition from United Parcel Service (UPS), Federal Express, and others. Deutsche Post's expansion from monopoly letter mail services into non-reserved parcel delivery services raises the issue not of a competitors' access to services controlled by Deutsche*

[28] SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa.** Atividade Empresária e Mercados. São Paulo: Atlas, 2004, p. 40-41.

[29] Como será exposto, o monopólio postal foi objeto de análise pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em relação à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Naquela oportunidade, a investigação identificou "indícios de que os Correios estariam impedindo ou dificultando o uso dessa infraestrutura por parte das outras empresas. No segmento de entregas do comércio eletrônico e nos serviços voltados ao setor financeiro verificou-se que os Correios estariam se recusando a trabalhar com alguns concorrentes, liberando seus serviços apenas às empresas que não competem com a estatal". CADE, Termo de Compromisso de Cessação (TCC) no Processo Administrativo 08700.009588/2013-04, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ETC). Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-firma-acordo-com-correios-em-investigacao-de-condutas-anticompetitivas.

> *Post, but rather the use of infrastructure and cash flows available to Deutsche Post as a regulated public monopoly to distort competition in an adjacent market.*
> *In the early 1990s, UPS complained to the EC that Deutsche Post was using letter mail monopoly profits to subsidize the sale of its parcel delivery services at below-cost prices. In July 1994, UPS asked the EC to stop the allegedly predatory pricing and to separate Deutsche Post's letter mail business from its parcel delivery businesses. In March 2001, the EC found that for five years Deutsche Post failed to cover incremental costs in its pricing of parcel delivery service, violating Article 82 of the EC Treaty."*[30]

Constata-se que a neutralidade concorrencial no âmbito das empresas estatais ganha relevância, na medida em que a atuação do Estado, por meio da Administração Indireta, pode gerar distorções no mercado por meio de incentivos fiscais ou extrafiscais às estatais, benefícios não extensíveis aos demais competidores[31].

A Recomendação n.º 0462 do Conselho sobre Neutralidade Competitiva da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)[32] expediu aos aderentes a

---

[30] SAPPINGTON, David E. M. e SIDAK, J. Gregory. Competition Law for State-Owned Enterprises**. Antitrust Law Journal** Vol. 71, No. 2, pp. 482, 494 e 495, 2003. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=357720. Acesso em: 1.5.2021.

[31] "Competition policy assumes that market players are economic entities seeking to maximize profits. SOEs, however, might prioritise strategic policy goals over profit-maximisation, and could be specifically required to do so by their government. As far as China is concerned, many SOEs appear to be established on the basis of carrying out government objectives, rather than correcting market failures (García-Herrero and Xu, 2017). Understanding the underlying strategic objectives of particular SOEs is therefore critical in appreciating whether they are acting as classic market participants or are (also) engaged in activities driven by strategic policy incentives. Where a state's industrial strategies include the use of SOEs to control or affect specific markets, the result might be to distort effective competition and force efficient rival firms out of that market. In fact, where an SOE's obligation to the state is to deliver on industrial policy, the SOE might be tempted to actively engage in exclusionary practices in order to gain market share and/or ensure strategic autonomy. This would suggest adapting the usual analytical tools used to assess markets and anti-competitive conduct, in order to take into account the activities and specificities of SEOs and ensure the neutral enforcement of a consumer welfare standard (OECD, 2015)". HEIM, Mathew. How can European competition law address market distortions caused by state-owned enterprises? **Policy Contribution**, Issue n°18, 2019, p.5. Disponível em: https://www.bruegel.org/wp-content/uploads/2019/12/PC-18_2019-181219.pdf

[32]RECOMMENDS that Members and non-Members having adhered to this Recommendation (hereafter the "Adherents") ensure Competitive Neutrality by, to the maximum extent practicable and unless overriding Public Policy Objectives require otherwise: (…)

c)Maintain Competitive Neutrality in the regulatory environment. In particular, Adherents should:

i.Subject competing activities to the same regulatory environment and enforce regulations with equal rigour, appropriate deadlines and equivalent transparency with regard to all current or potential market participants;

necessidade de fomentar a neutralidade competitiva no ambiente regulatória, estabelecendo as seguintes metas:

RECOMENDA que os membros e não membros que tenham aderido a esta recomendação (doravante os "aderentes) garantam a neutralidade competitiva, na medida do possível e a menos que os objetivos de política pública exijam o contrário: (...)

> "c) Manter a neutralidade competitiva no ambiente regulatório. Em particular, os aderentes devem:
>
> i. Submeter atividades concorrentes ao mesmo ambiente regulatório e fazer cumprir os regulamentos com igual rigor, prazos apropriados e transparência equivalente em relação a todos os participantes do mercado atuais ou potenciais;
>
> ii. Garantir que as empresas, independentemente de sua propriedade, localização ou forma legal, não sejam responsáveis em última instância por regulamentar o (s) mercado (s) em que competem atualmente ou potencialmente (especialmente em relação à entrada ou expansão de participantes existentes); e
>
> iii. Realizar avaliações de concorrência que identifiquem e revisem regulamentos existentes ou propostos que restrinjam indevidamente a concorrência.
>
> d) Estabelecer condições de concorrência abertas, justas, não discriminatórias e transparentes nos processos de compras governamentais, a fim de garantir que nenhuma empresa, independentemente de sua propriedade, nacionalidade ou forma legal, receba qualquer vantagem indevida."

---

ii.Ensure that Enterprises, regardless of their ownership, location or legal form, are not ultimately responsible for regulating the market(s) in which they currently or potentially compete (especially regarding entry or expansion of existing players); and

iii.Carry out competition assessments that identify and revise existing or proposed regulations that unduly restrict competition.

d)Establish open, fair, non-discriminatory, and transparent conditions of competition in government procurement processes in order to ensure that no Enterprise, regardless of its ownership, nationality, or legal form is granted any undue advantage. Disponível em: https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0462. Acesso em: 30.6.2021.

Depreende-se que a Recomendação do Conselho sobre Neutralidade identifica a ausência de neutralidade competitiva em razão do oferecimento pelo Estado de vantagens indevidas que distorcem a concorrência e beneficiam seletivamente algumas empresas em detrimento de outras.

Sobre tal temática, faz-se relevante destacar que não só os incentivos por parte do Poder Executivo têm condão de gerar distorções (indevidas) no mercado, visto que tais intervenções podem partir — inclusive — do Poder Judiciário por meio do reconhecimento de imunidade tributária e que têm o condão de afetar o mercado de igual modo. É o que se passa a abordar na próxima subseção.

### 3.2. A imunidade tributária e o STF: as estatais de saneamento básico à luz da neutralidade concorrencial

O STF avançou no entendimento de que certas empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) fazem jus à imunidade tributária recíproca estabelecida na Constituição Federal. O *leading case* Recurso Extraordinário n.º 253.472/SP[33] — no âmbito das empresas estatais prestadoras de serviço público de saneamento[34] —, relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, sedimentou 3 (três) etapas de teste (estágios) para aferir a "aplicabilidade da imunidade tributária recíproca, para os casos em que houvesse dúvida sobre o risco de a aplicação da salvaguarda violar outros valores constitucionais relevantes":

> "1.1. A imunidade tributária recíproca se aplica à propriedade, bens e serviços utilizados na satisfação dos objetivos institucionais imanentes do ente federado, cuja tributação poderia colocar em risco a respectiva autonomia política. Em conseqüência, é incorreto ler a cláusula de imunização de modo a reduzi-la a mero instrumento destinado a dar ao ente federado condições de contratar em circunstâncias mais vantajosas, independentemente do contexto. 1.2. Atividades de exploração econômica, destinadas primordialmente a aumentar o patrimônio do Estado ou de particulares, devem ser submetidas à

[33] BRASIL. Recurso Extraordinário n. 253.472/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, acórdão de 25.08.2010, DJe 01.11.2011.

[34] A questão constitucional posta tratou da extensão de imunidade tributária recíproca em favor da estatal Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP.

> tributação, por apresentarem-se como manifestações de riqueza e deixarem a salvo a autonomia política.
>
> 1.3. A desoneração não deve ter como efeito colateral relevante a quebra dos princípios da livre-concorrência e do exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em princípio, o sucesso ou a desventura empresarial devem pautar- se por virtudes e vícios próprios do mercado e da administração, sem que a intervenção do Estado seja favor preponderante."

Perante tal entendimento, diversas outras estatais operadoras de serviços públicos de saneamento manejaram junto ao STF pretensão constitucional no sentido de também usufruírem da imunidade recíproca prevista na CRFB/88.

Assim, em sequência, o STF entendeu por estender a imunidade recíproca às seguintes empresas: Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba – CAGEPA[35]; Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR[36]; Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN[37]; Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN[38]; Companhia de Saneamento de Alagoas – CASAL[39]; Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN[40]; Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE[41]; e Empresa Baiana de Águas e Saneamento – EMBASA[42].

A título exemplificativo, no caso da empresa estatal Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE, restou consignado pelo STF (ACO 2757/RJ) que a companhia estadual empreende serviços de tratamento, adução e distribuição de água, tal como a respectiva coleta, transporte e o tratamento de esgotos, o que caracteriza, por si só, serviço público de natureza não concorrencial. E mais, a Corte Suprema pontuou que "apesar de se tratar de uma

[35] BRASIL. Recurso Extraordinário n. 629.582/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, acórdão de 11.11.2010, DJe 24.11.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5.5.2021.

[36] BRASIL. Agravo em Recurso Extraordinário n. 655.028/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, acórdão de 04.12.2013, DJe 18.12.2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5.5.2021.

[37] BRASIL. Recurso Extraordinário n. 456.692/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão de 17.12.2013, DJe 03.02.2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em:5.5.2021.

[38] BRASIL. Recurso Extraordinário n. 674.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, acórdão de 30.04.2012, DJe 10.05.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 5.5.2021.

[39] BRASIL. Ação Cível Originária n. 2243 AgR Segundo/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão de 17.03.2016, DJe 27.05.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 5.5.2021.

[40] BRASIL. Ação Cível Originária n. 2.730/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 24.03.2017, DJe 03.04.2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 6.5.2021.

[41] BRASIL. Ação Cível Originária n. 2.757, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.05.2017, DJe 15.05.2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 6.5.2021.

[42] BRASIL. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 905.129, acórdão de 04.04.2018, DJe 16.04.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 6.5.2021

economia mista, 99,9996% de seu capital são diretamente públicos", é irrelevante a participação de capital privado em seu quadro societário, concluindo, assim, que "não se trata, portanto, de 'exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados'".

Contudo, após a desestatização Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE no ano de 2021, a imunidade tributária anteriormente reconhecida pelo STF permanece, ainda que sob gestão de particulares, em razão da coisa julgada constitucional, situação que gerou crédito à Companhia junto ao Fisco na monta de R$2.341.135.000,00 (dois bilhões, trezentos e quarenta e um milhões, cento e trinta e cinco mil reais) a título de restituição de imposto de renda[43]. Nisso, percebe-se vultuosa vantagem financeira em comparação com outras empresas do setor.

Em sentido oposto, no ano de 2020, restou fixada a tese de repercussão geral pelo STF nos autos do Recurso Extraordinário n.º 600867/SP (tema 508) nos seguintes termos:

> "Sociedade de economia mista, cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores, e que, inequivocamente, está voltada à remuneração do capital de seus controladores ou acionistas, não está abrangida pela regra de imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição, unicamente em razão das atividades desempenhadas. [44]
>
> No julgado acima, o STF adotou como razão de decidir o fato de que se trata de sociedade de economia mista de capital aberto, "autêntica S/A", cuja participação acionária é negociada em Bolsas de Valores e que, em agosto de 2011, estava dispersa entre o Estado de São Paulo (50,3%), investidores

[43] Dado constante do demonstrativo financeiro do ano de 2019 da Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE: "Imunidade Tributária sobre impostos federais 'Ação Cível Ordinária 2.757/RJ'. Como reflexo da decisão, foram revertidos todos os ativos e passivos fiscais diferidos de IRPJ sendo também baixados os impostos a recuperar e a recolher em aberto até a data da obtenção da imunidade. A CEDAE efetuou o pedido de restituição administrativa, junto à Receita Federal do Brasil, dos impostos federais recolhidos nos 5 (cinco) anos anteriores à propositura da ACO 2757, bem como durante o trâmite da ação, no valor de R$2.341.135 (dois bilhões, trezentos e quarenta e um milhões, cento e trinta e cinco mil reais) atualizados pela SELIC. Esse montante não está registrado nas demonstrações financeiras, uma vez que sua realização depende de eventos futuros (resultado de processos judiciais) que não estão integralmente no controle da Companhia. Esse crédito será reconhecido contabilmente pela CEDAE somente quando forem cumpridas todas as etapas legais e judiciais aplicáveis à sua realização e quando tal realização puder ser considerada praticamente certa."

Disponível em:

https://www.cedae.com.br/portals/0/ri_cedae/financeiras/demonstracoes_financeiras/demonstracoes_financeiras_padronizadas/DFs%202019%20DFP%20CVM%20-%2020200525.pdf. Acesso em 30.6.2021.

[44] BRASIL. Recurso Extraordinário n. 600867/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Acórdão de 30.9.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 8.5.2021.

> privados em mercado nacional (22,6% - Bovespa) e investidores privados em mercado internacional (27,1% - NYSE), ou seja, quase a metade do capital social pertence a investidores. Em suma: a Suprema Corte concluiu que a finalidade de abrir capital para receber lucros e retorno do investimento foi fator preponderante para afastar o entendimento jurisprudencial aplicado em diversos casos semelhantes. Diante disso, restou afastada a imunidade recíproca perante a empresa estatal Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP."

Constata-se que, após exposto o acervo jurisprudencial do STF, a questão da neutralidade concorrencial retorna ao debate após a sanção e promulgação da Lei 14.026 de 2020, na medida em que ao menos 8 (oito) empresas que exploram a prestação de serviços públicos de saneamento possuem a salvaguarda da coisa julgada constitucional para afastar o custo tributário que em tese seria devido caso não obtivessem o tratamento constitucional da imunidade recíproca. É dizer: a imunidade recíproca se tornou imutável e indiscutível, inclusive em face de normas posteriores.[45]

Perante tal situação fático-jurídica, faz-se importante indagar: se a finalidade da neutralidade concorrencial é preservar o ambiente competitivo, como tornar possível a livre concorrência nos setores em que as empresas de saneamento possuem título executivo judicial afastando custo tributário decorrente de imunidade recíproca?

A possível resposta para tal questionamento perpassará, necessariamente, pela ótica processual e constitucional (contencioso judicial) sob a imunidade concedida.

Merece o devido destaque de que as decisões do STF se justificam pelo fato de que as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, e sob o controle de um ente federativo, merecem o mesmo tratamento tributário dado em entes da federação (imunidade recíproca).

Assim sendo, por tratar de relação jurídica de trato continuado (obrigação tributária) e sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, como, por exemplo, a desestatização da empresa, caberia aos eventuais interessados requerer a revisão do que foi estatuído na decisão do STF, conforme autoriza o art. 505, inciso I, do Código de Processo Civil[46].

---

[45] MARINONI, Luiz Guilherme. et.al. O novo processo civil. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 634

[46] STF. RE 592.912 AgR, Relator Ministro Celso de Mello. Segunda Turma do STF. Julgado em 03/04/2012, Acórdão Eletrônico Dje-229 Divulg 21-11-2012 Public 22-11-2012 Rtj Vol-00226-01 Pp-00633

Perceptível, então, que a abertura de capital da empresa – como no caso Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP –, ou até mesmo alienação de toda a participação societária estatal, satisfaria o requisito da modificação de fato e de direito para fins de revisão das decisões do STF, medida necessária para implementar efetividade no novo cenário regulatório dado pela Lei 14.026 de 2020.

Já em relação à análise da questão sob o ponto de vista regulatório e econômico se faz necessário explorar acerca da atual perspectiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em face da Lei 14.026 de 2020. Questão a ser exposta no capítulo 4 a seguir.

## 4. Possíveis perspectivas da atuação do CADE à luz do marco legal do saneamento básico

Após exposição da problemática da neutralidade concorrencial acerca do posicionamento jurisprudencial do STF, assim como pela delimitação da livre concorrência advinda da Lei 14.026 de 2020 no campo da disputa licitatória, calha a necessidade de abordar possíveis perspectivas de atuação do CADE no setor de saneamento.

A abordagem partirá, inicialmente, com a exposição de julgados do CADE sobre o setor de saneamento e, em seguida, descrever possíveis perspectivas fundadas na premissa da neutralidade concorrencial e livre concorrência nos termos da Lei 14.026 de 2020.

### 4.1. Atuação do CADE no setor de saneamento básico

A atual legislação de defesa da concorrência (Lei 12.529 de 2011) não prevê mercado exógeno ao controle da concorrência pelo CADE. Em sentido oposto, o art. 31 da referida lei determina o alcance do controle sobre pessoas jurídicas sem fins lucrativos, pessoas jurídicas de direito público e entidades que exercem atividade econômica sob monopólio legal.[47]

[47] "No entanto, não se pode deixar de mencionar que parcela da doutrina sustenta existirem algumas isenções concorrenciais no ordenamento jurídico brasileiro. A situação mais controvertida diz respeito aos atos de concentração no setor bancário, tendo em vista a competência que a Lei 4.595/64 – Lei do Sistema Financeiro Nacional – atribui ao Banco Central na disciplina das fusões e aquisições no setor bancário, e o reconhecimento dessa isenção pela Advocacia Geral da União, por meio do parecer normativo GM – 20/01." SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013, nota de rodapé 57, p.201.

Conforme assentado em pelo menos dois julgados, o CADE tem reconhecido que no setor de saneamento básico vigora o instituto do monopólio natural, visto que, conforme exposto no primeiro capítulo, trata-se de setor com inviabilidade de "instalação e exploração por mais de uma concessionária em uma mesma localidade"[48]. A questão é pontuada no voto condutor do ato de concentração 08012.0007261/2008-99 (julgado em 17 de setembro de 2008), relatoria de Paulo Furquim de Azevedo, em restou consignado:

> "Houve convergência no entendimento da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e da Procuradoria-Geral do CADE (ProCADE), que concluíram pela inexistência de prejuízos à concorrência advindos da presente aquisição, sugerindo sua aprovação irrestrita.
> A atividade de serviços de saneamento básico é tipicamente um monopólio natural que se estende pela área da concessão que, no caso concreto, está adstrita ao território do Município de Cachoeiro do Itapemirim (ES). Em razão disso, não há que se falar em sobreposição horizontal, de forma que a presente operação se resume a uma substituição do agente econômico concessionário. Ademais, trata-se de um mercado regulado por se tratar de concessão de serviço público, fator este tendente a inibir comportamentos oportunísticos por parte dos agentes econômicos concessionários, não obstante a possível captura do regulador desse mercado. De toda Sorte, a presente operação não tem o condão de prejudicar o ambiente concorrencial no mercado relevante ora analisado."[49]

> Pelo que se extrai dos julgados do CADE[50], verifica-se que a análise das condutas das empresas componentes do setor de saneamento se deu no âmbito da prestação de serviço propriamente dita e não pela ótica da concorrência em

[48] AC 08012.000886/2008-20, Rel. Ricardo Cueva, j. em 9.4.2008; e AC 08012.00671/2008-89, Rel. Vinicius Marques de Carvalho, j. 28.8.2008.
[49] AC 08012.007261/2008-99, Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo, j. em 17.9.2008.
[50] AC 08012.000886/2008-20, Rel. Ricardo Cueva, j. em 9.4.2008; AC 08012.00671/2008-89, Rel. Vinicius Marques de Carvalho, j. 28.8.2008; e AC 08012.007261/2008-99, Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo, j. em 17.9.2008.

> certames conforme dispõe a norma do art. art.2º, inciso XV, da Lei n.º 11.445 de 2007.
>
> Nesse jaez, insere-se o entendimento exposto por Patrícia Regina Pinheiro Sampaio de que caso o Estado delegue o serviço ou atividade monopolizada mediante "a outorga de exclusividade ao seu explorador, ter-se-á, no caso, uma concorrência 'pelo mercado', mas estará afastada, desde logo, a concorrência 'no mercado', já que, por decisão política, existirá apenas um prestador de serviço"[51].
>
> Portanto, com a abertura do mercado de saneamento pela Lei n.º 14.026 de 2020 ao setor privado para fins de promover a livre concorrência, bem como pela inviabilidade de concorrência na prestação de serviço propriamente dita, revela que o marco legal do saneamento básico irá fomentar a livre concorrência "pelo mercado" e não "no mercado".

### 4.2. Novos desafios ao CADE na perspectiva da neutralidade concorrencial

A análise da neutralidade concorrencial no âmbito da jurisprudência do STF demonstrou que ao menos 8 (oito) empresas que exploram a prestação de serviços públicos possuem a salvaguarda da coisa julgada constitucional para afastar o custo tributário que em tese seria devido caso não obtivessem o tratamento constitucional da imunidade recíproca. As empresas são: Companhia de Águas e Esgotos da Paraíba – CAGEPA; Companhia de Saneamento do Paraná – SANEPAR; Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN; Companhia Catarinense de Águas e Saneamento – CASAN; Companhia de Saneamento de Alagoas – CASAL; Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN; Companhia Estadual de Águas e Esgotos – CEDAE; e Empresa Baiana de Águas e Saneamento – EMBASA.

Todas as companhias acima listadas atualmente prestam serviços de saneamento básico e estarão sujeitas à competição em certames licitatórios com outros *players* de acordo com o novo marco legal do saneamento básico.

Nesse ponto, merece atenção a decisão da Comissão Europeia M1635, já mencionada no primeiro capítulo, ao dispor que cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos

[51] SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013, nota de rodapé 57, p.210.

certames licitatórios de saneamento básico são outorgados à entidade que já vinha prestando o serviço:

> "(...) na prática, a empresa que já presta o serviço no momento da licitação desfruta de importantes vantagens comparativamente a seus concorrentes. (...) As entidades que já prestam serviço devem dedicar muito menos esforço e recursos para preparar a oferta, já que conhecem bem as características do município, suas necessidades e os custos de prestação de serviços públicos. (...) As explicações dos parágrafos anteriores são confirmadas pelo fato de que em torno de 75% das licitações para esses serviços são outorgadas à entidade que já o vinha prestando anteriormente."[52]

Em vista disso, a despeito de que as 8 (oito) empresas acima alinhavadas ostentam salvaguarda judicial para fins de imunidade recíproca (ausência de neutralidade), o fato de já serem prestadoras de serviços de saneamento básico diminui custo de transação por já conhecerem o ente federativo licitante e a própria operação, evidenciando-se clara assimetria de informação perante os demais concorrentes.

Não bastasse isso, as mesmas empresas, conforme relatório do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), estão em situação superavitária em um setor que cerca de um terço das empresas tem despesa maior que a receita[53].

O cenário atual do setor de saneamento básico não é propício para o estabelecimento da livre concorrência nas licitações, haja vista os vários julgados do STF estendendo imunidade recíproca a 8 (oito) companhias superavitárias – o que remonta à restituição de tributos federais da CEDAE na monta de R$2.341.135.000,00 (dois bilhões, trezentos e quarenta e um milhões, cento e trinta e cinco mil reais) –, bem como pelo fato de ostentarem baixo custo de transação na elaboração de propostas em certames públicos.

Afigura-se aqui, portanto, limitação à atuação do CADE em razão da coisa julgada das decisões do STF no que respeita à imunidade tributária concedida às empresas do setor. É

[52] Decisão da Comissão Europeia M1635, j. 4.3.1999.

[53] Disponível:http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2019/Diagn%C3%B3stico_SNIS_AE_2019_Republicacao_31032021.pdf. Acesso em: 5.5.2021.

dizer: tais decisões não podem ser objeto de reapreciação pelo órgão regulador (ANA) e pelo CADE, ainda que sob o pretexto de salvaguardar a neutralidade concorrencial, remanescendo apenas investidas judiciais de revisão pelos respectivos legitimados para tanto.

Vislumbra-se, portanto, que a atuação do CADE se pautará no mesmo espectro que atuou no Termo de Compromisso de Cessação (TCC) no Processo Administrativo 08700.009588/2013-04 em face da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ETC), empresa estatal que é a "mais capilar do país, estando presente em todos os municípios e sendo viabilizada financeiramente por benefícios e privilégios legais, dentre eles o monopólio sobre a entrega de cartas" [54]. Sendo assim, a ECT apresenta infraestrutura necessária para a operação de várias empresas concorrentes, as quais não possuem cobertura similar da estatal.

No caso, os atos das empresas de saneamento que configurarem conduta abusiva por se valerem de benefícios e privilégios legais (monopólio e imunidade recíproca) para prejudicar os demais competidores e a existência de assimetria de informação no setor, ao menos em relação ao campo de atuação das 8 (oito) empresas aqui listadas, poderá ensejar apreciação pelo CADE e por seus órgãos com fim de investigar a prática de condutas anticompetitivas.

Portanto, o controle Secretaria de Acompanhamento Econômico estaria circunscrito no fomento da concorrência no momento da realização dos certames licitatórios e não na prestação de serviços propriamente ditas, haja vista a existência de monopólio natural no setor, assim como na apuração de condutas abusivas por parte das empresas que possuem privilégios tributários para o custo da sua operação e promoção de preços predatórios.

## 5. Conclusão

Diante de apertada síntese sobre a alteração legislativa no setor de saneamento básico, buscou-se identificar se a Lei 14.026 de 2020 poderia garantir, ainda que minimamente, a efetiva concorrência na prestação de serviço público de saneamento básico.

[54] CADE, Termo de Compromisso de Cessação (TCC) no Processo Administrativo 08700.009588/2013-04, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ETC). Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-firma-acordo-com-correios-em-investigacao-de-condutas-anticompetitivas.

O fato de o serviço público de saneamento básico ter a qualidade de monopólio natural, inviabiliza, sob o ponto de vista prático — impossibilidade de fornecimento e exploração de infraestrutura para a mesma população —, a livre concorrência na prestação final do serviço. Assim, resta apenas à fase de licitação o campo de incidência da livre concorrência, considerando que a inovação legislativa possibilita a disputa entre empresas estatais e agentes do setor privado.

Conclui-se que a livre concorrência prevista no marco legal do saneamento básico é compatível apenas com a fase licitatória estabelecida pelos entes federativos contratantes diante da inauguração de um novo ambiente regulatório no setor de saneamento básico brasileiro por meio da concentração do poder de padronização de normas econômicas, técnicas e contratuais na ANA.

Contudo, a existência de imunidade tributária recíproca, decorrentes de diversas decisões do STF, vulnera a neutralidade concorrencial na prestação de serviços, visto que considerável gama de empresas goza de baixo custo de transação em um setor altamente deficitário, o que dificulta a entrada de novos agentes econômicos. Além disso, a disparidade é reforçada pela vantagem competitiva advinda da economia em alta escala de tributos.

Relembra-se que a atuação do CADE é restringida à avaliação da concorrência no âmbito das licitações públicas, apurando práticas abusivas dos agentes econômicos que se valem de benefícios legais (monopólio natural) e tributários para deflagrar atos de preço predatório no setor ou qualquer ato abusivo.

Assim, apenas com a superveniência de modificação no estado de fato ou de direito — desestatização ou abertura de capital da empresa — caberia aos eventuais interessados requerer a revisão do que foi estatuído na decisão do STF, conforme autoriza o art. 505, inciso I, do Código de Processo Civil, afastando vantagens indevidas para se garantir o mínimo de neutralidade competitiva.

**Referências bibliográficas**

ARAÚJO, Cíntia Leal Marinho de. *et.al*. **O novo marco do saneamento e a remoção da barreira de investimentos privados.** Disponível em: http://www.brasil-

economia-governo.org.br/2021/01/18/o-novo-marco-do-saneamento-e-a-remocao-da-barreira-aos-investimentos-privados/. Acesso em 6.7.2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **O Princípio da Livre Concorrência na Constituição Federal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 10, 1995.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços públicos e concorrência**. Revista de Direito Administrativo, v. 233, 2003.

BRASIL. Recurso Extraordinário n. 253.472/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para o acórdão Min. Joaquim Barbosa, acórdão de 25.08.2010, DJe 01.11.2011.

_____. Recurso Extraordinário n. 629.582/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia, acórdão de 11.11.2010, DJe 24.11.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 5.5.2021.

_____. Agravo em Recurso Extraordinário n. 655.028/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, acórdão de 04.12.2013, DJe 18.12.2013. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 5.5.2021.

_____. Recurso Extraordinário n. 674.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, acórdão de 30.04.2012, DJe 10.05.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 5.5.2021.

_____. Ação Cível Originária n. 2243 AgR Segundo/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão de 17.03.2016, DJe 27.05.2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 5.5.2021.

_____. Ação Cível Originária n. 2.730/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 24.03.2017, DJe 03.04.2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 6.5.2021.

_____. Ação Cível Originária n. 2.757, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 11.05.2017, DJe 15.05.2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 6.5.2021.

_____. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 905.129, acórdão de 04.04.2018, DJe 16.04.2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 6.5.2021.

_____. Recurso Extraordinário n. 600867/SP. Rel. Min. Joaquim Barbosa, Rel. p/ acórdão: Min. Luiz Fux. Acórdão de 30.9.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 8.5.2021.

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. **Defesa da concorrência e tributação — à luz do artigo 146-A da Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COELHO, Gustavo Flausino; DA SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves. **A obrigatoriedade de aprovação concorrencial para operações de cessão de direitos de exploração e produção de petróleo e gás e a lei nº 12.529/2011**. Disponivel em: https://www.researchgate.net/profile/Ricardo-Mafra/publication/277816611_A_obrigatoriedade_de_aprovacao_concorrencial_para_operacoes_de_cessao_de_direitos_de_exploracao_e_producao_de_petroleo_e_gas_e_a_Lei_n_12529211_Obligation_of_antitrust_filing_for_assignments_of_oil_a/links/5574f1b308ae7536374ff42d/A-obrigatoriedade-de-aprovacao-concorrencial-para-operacoes-de-cessao-de-direitos-de-exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas-e-a-Lei-n-12529-2011-Obligation-of-antitrust-filing-for-assignments-of-oil.pdf.

FILHO, Marçal Justen. **Curso de Direito Administrativo**. 12. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,2016.

FUJIMOTO, Mônica Tiemy. JBS e Atos De Concentração: Neutralidade Concorrencial ou linhamento com a política dos campeões nacionais?. In: **Mulheres no antitruste.** Organização Agnes Macedo de Jesus, Amanda Athayde, Isabela Maiolino, Juliana Oliveira Domingues, Leonor Cordovil e Mylena Augusto de Matos . São Paulo: Editora Singular, 2018.

HEIM, Mathew. *How can European competition law address market distortions caused by state-owned enterprises?* ***Policy Contribution****, Issu*e n˚18, 2019, p.5. Disponível em: https://www.bruegel.org/wp-content/uploads/2019/12/PC-18_2019-181219.pdf

JÚNIOR, Walfrido Jorge Warde. Legislador Frankenstein! – Não é possível transplantar governança das empresas privadas às empresas estatais. In: NORONHA, João Otávio de. *et.al*. (coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *et.al*. **O novo processo civil**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. A nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, vol. 228, 2002.

Prestação de serviço de captação, adução, coagulação, floculação, decantação, filtragem, desinfecção, reservação. Disponível em: https://blog.brkambiental.com.br/saneamento-basico/. Acesso em 4.5.2021

RANCI, Pippo. *Concorrenza e Servizi Pubblici nella Costituzione*. In: ***Per uma Nuova Costituzione Economica*** (org. Gacinto della Cananea e Giulio Napolitano), Ed. II Mulino, Bologna, 1998, p. 39

SAPPINGTON, David E. M. e SIDAK, J. Gregory. *Competition Law for State-Owned Enterprises*. ***Antitrust Law Journal*** Vol. 71, No. 2, pp. 479-523, 2003. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=357720. Acesso em: 1.5.2021.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência – A atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre concorrência e tributação. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2007, p.244, vol.11.

SILVEIRA, Rodrigo Maito. **Tributação e concorrência**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SOUZA, Hamilton Dias de. Critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência – reflexões para a regulação e a aplicação do art. 146-A da Constituição Federal. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord); MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites. São** Paulo: LTr, 2011.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa. Atividade Empresária e Mercados.** São Paulo: Atlas, 2004.

# 14. FUTEBOL E PLATAFORMAS DIGITAIS: RELAÇÃO ENTRE DUAS PAIXÕES NACIONAIS SOB A PERSPECTIVA ANTITRUSTE

## *14. FOOTBALL AND DIGITAL PLATFORMS: TWO NATIONAL PASSIONS FROM AN ANTITRUST PERSPECTIVE*

Marco Antonio Fonseca Júnior

**SUMÁRIO**: 1. INTRODUÇÃO. 2. DAS PARTICULARIDADES DOS MERCADOS DIGITAIS. 2.1. Da estrutura dos mercados digitais. 2.2. Da definição de mercado relevante. 2.3. Da essencialidade dos dados. 2.4. Da forma de precificação nos mercados digitais. 2.5. Da economia comportamental e da dinâmica concorrencial. 3. CONCLUSÕES.

**RESUMO**: Sempre se disse que o Brasil é o país do futebol. Igualmente constata-se ser terreno fértil para as plataformas digitais. Inquestionavelmente, são, o futebol e as plataformas digitais, paixões nacionais. E, sendo o brasileiro mais familiarizado com o futebol, por que não utilizar seus conceitos para explicar os vieses concorrenciais das plataformas digitais? É o que aqui se pretende. Fazendo tal paralelo, este artigo busca simplificar a rebuscada discussão sobre a aplicação do direito antitruste aos mercados digitais de modo que possa ser bem compreendida por qualquer interessado, seja ele especialista ou não em direito antitruste. Partindo-se da premissa de que as plataformas digitais são um super time, analisa-se se as atuais regras do futebol são suficientes a garantir um jogo justo entre as super equipes e os times convencionais. Para tanto, antes de se discutir a suficiência das regras postas, examina-se em que pontos tais equipes verdadeiramente se distinguem das convencionai s. Com esse pano de fundo, o presente trabalho aborda quais as particularidades dos mercados digitais se comparados às economias tradicionais. Tal análise é essencial e precede àquela relacionada à suficiência do atual ferramental analítico antitruste frente aos mercados digitais. As facetas dos mercados digitais aqui abordadas vão desde sua estrutura, passando pela definição de mercado relevante, além da essencialidade dos dados no mundo virtual, sua forma de precificação nos mercados digitais e, por fim, a questões ligadas à economia comportamental. Ao final, sem abandonar o paralelo com o futebol e definidos os pontos de distanciamento entre os mercados digitais e os mercados tradicionais, são propostas possíveis alternativas à política concorrencial em relação às plataformas digitais.

**ABSTRACT:** *It has always been said that Brazil is the country of soccer. It is also found to be a fertile ground for digital platforms. Unquestionably, soccer and digital platforms are national passions. Being the Brazilians are most familiar with soccer, why not use its concepts to explain the competitive concerns arising from digital platforms? This is the purpose of this article. Comparing such concepts, this article aims to simplify the complex discussion about the suitability of the antitrust laws to digital markets so that it can be well understood by anyone*

*interested in, whether an expert or not. Starting from the premise that digital platforms could be considered a super team, this article analyzes whether the current soccer rules are enough to guarantee a fair game between super teams and the conventional ones. In this regard, before discussing the sufficiency of the current rules, it is discussed in which points such super teams truly differ from the conventional ones. Considering such background, this article addresses the particularities of the digital markets comparing them with the traditional economies. Such analysis is essential and precedes the one related to the sufficiency of the current antitrust analytical tools to digital markets. The issues discussed in this article vary from digital markets structure, passing through the definition of relevant market, in addition to the essentiality of data in the cyberspace, to the pricing in digital markets and to issues related to behavioral economics. Finally, making the parallel with soccer and after defining the differences between digital and traditional markets, possible alternatives to the competition policy in relation to digital platforms are proposed.*

## 1. Introdução

Futebol: paixão nacional. Plataformas digitais: locais de experiências que ditam tendências e norteiam a vida dos brasileiros. Ninguém duvida que o futebol e as plataformas digitais estão presentes, com relevância, na vida da maioria dos brasileiros.

Grande parte das crianças no Brasil, ao menos em algum momento na vida, já sonhou em ser jogador de futebol. Algumas atingem tal objetivo, a maioria não. No entanto, o fato é que todas levam para a sua vida adulta o envolvimento com o esporte. O mesmo se aplica à internet. O Brasil - juntamente com Estados Unidos, Rússia e China - é um dos países com o maior tráfego de internet do mundo, sendo um dos principais mercados de consumo digital do planeta.[1]

Tratando-se, pois, de dois temas tão amados e conhecidos por todos, por que não os considerar para explicar os desafios do direito antitruste frente à economia digital? É exatamente o que se pretende nesse artigo, que valer-se-á de certos conceitos futebolísticos para

[1] WAKKA, Wagner. Brasil é o 4º país com o maior tráfego de internet do mundo**. Canal Tech**, 2020. Disponível em: < https://canaltech.com.br/internet/brasil-e-o-4o-pais-com-o-maior-trafego-de-internet-do-mundo-160694/#:~:text=O%20l%C3%ADder%20da%20lista%20s%C3%A3o,com%20cerca%20de%2080%20bilh%C3%B5es>. Acesso em: 08 mai. 2021. BRASIL É UM DOS GRANDES CONSUMIDORES DIGITAIS DO MUNDO. **Decision Report**, 2019. Disponível em: <https://www.decisionreport.com.br/destaque/brasil-e-um-dos-grandes-consumidores-digitais-do-mundo/#.YIvryrVKjcs>. Acesso em: 08 mai. 2021.

discutir em que pontos o quique da bola dos mercados digitais atrapalha o chute do regulador antitruste.

Imagine-se um jogo de futebol: duas equipes com o mesmo número de jogadores, num jogo com tempo de duração preestabelecido, dois tipos de punição (cartões amarelo e vermelho), num campo gramado, com medidas predefinidas, dois gols, um árbitro principal e seus auxiliares, dentre tantas outras peculiaridades. O fato é que há regras claras a nortear uma partida de futebol, regras essas frutos de anos de experiência, definidas por uma entidade internacional e, até hoje, de certa forma incontestáveis, tendo em vista serem suficientes ao bom desempenho do esporte. Há, ainda, regras acerca da forma de atuação dos clubes, proibindo abusos laborais aos jogadores, limitando as formas de investimento, de transferência de atletas e inúmeras outras. Ou seja, as regras postas são aptas a prever e controlar os times de futebol com certo grau de segurança e confiabilidade, garantindo partidas justas.

Pois bem. Suponha-se, agora, que surja uma equipe diferente de todas as outras, na qual os jogadores têm características físicas totalmente superiores, mais fortes, com vigor para treinamentos mais intensos, sem descanso, não se lesionam, são extremamente disciplinados. Além disso, imagine-se que tal time tenha recursos financeiros infinitamente maiores que todos os outros, atraindo para si o interesse dos melhores atletas, possuindo também maior apelo perante os torcedores, que consomem produtos relacionados ao time e retroalimentam essa estrutura financeira próspera ao chamar a atenção de patrocinadores. Suponha-se, ainda, que tal clube de futebol tenha construído uma filigrana jurídica para evitar a incidência das leis trabalhistas e tributárias brasileiras às suas atividades. Um super time, como será tratado doravante. Em resumo, tal equipe é, sob quaisquer aspectos do mundo do futebol, incomparável a qualquer outra e tem sobre todos os demais times uma enorme superioridade, sendo impossível a competição justa entre eles.

Nesse contexto, questiona-se: seria necessário a reformulação das regras do futebol para fazer tal equipe competir em pé de igualdade com as demais? A limitação desta equipe inibiria o incentivo disruptivo dos outros times, criando estímulo à manutenção do *status quo*? Ou a mudança nas regras do futebol seria imprescindível para coibir a atuação do super time, evitando-se, assim, o desaparecimento das demais equipes?

De maneira relativa e guardadas as devidas proporções, são exatamente essas perguntas que as autoridades concorrenciais mundo afora se fazem ao pensar em políticas antitruste suficientes ao endereçamento das questões subjacentes às economias e mercados digitais.

As plataformas digitais são o super time descrito na hipótese acima e, assim sendo, o que fazer para evitar a competição desigual com os outros times e, ao mesmo tempo, não desincentivar a evolução do esporte e o aparecimento de outros super times?

A resposta a essa pergunta exige um passo atrás, isto é, que se volte a certas premissas dos mercados digitais a fim de se identificar em quais aspectos estes se distanciam dos mercados convencionais e da análise antitruste tradicional. Afinal, o que é diferente? Essa é a pergunta fundamental que será respondida nesse artigo para, ao final, concluir se devem ou não ser reformuladas as regras do jogo, leia-se as normas concorrenciais aplicáveis aos mercados e plataformas digitais. Apita o árbitro. É dado o pontapé inicial!

## 2. Das particularidades dos mercados digitais

Antes de se propor qualquer mudança regulatória em relação à análise antitruste dos mercados digitais, é de suma importância que sejam definidos e delimitados os elementos a serem considerados em tal exame. Isto é, é essencial que reste claro, afinal, o que têm de diferente os mercados digitais. O que torna o super time "super"? O que, de fato, ele tem de diferente dos demais? Essa é a questão a ser abordada neste trabalho.

Do ponto de vista antitruste, enxergam-se cinco aspectos principais que colocam em xeque a efetividade do direito concorrencial frente à economia digital, são eles: (item 2.1.) a estrutura dos mercados digitais; (item 2.2.) a forma de definição dos mercados relevantes; (item 2.3.) a concepção dos dados como elementos essenciais; (item 2.4.) a precificação praticada pelas plataformas digitais; e, por fim, (item 2.5.) a dinâmica concorrencial cotejada com a economia comportamental por trás dos mercados digitais.

Traduzindo estes aspectos para o futebol, estar-se-ia a falar do porte do super time e seus atletas, das regras do esporte praticado, da posse de bola e do próprio instrumento do jogo, do método de recuperação dos jogadores e da percepção do super time das necessidades de seus torcedores. É o que se perceberá ao fim deste estudo.

Obviamente, há inúmeras outras questões a serem levadas em consideração na concepção da política concorrencial mais adequada ao setor. No entanto, acredita-se que a grande maioria delas, ainda que indiretamente, possua alguma relação com os cinco pontos indicados acima. Assim sendo, passa-se a análise detalhada de cada um deles.

### 2.1. Da estrutura dos mercados digitais

Os mercados digitais possuem características ímpares desde que consideradas em conjunto. Ou seja, as características que aqui serão abordadas não são, nem de longe, novidade para o direito antitruste. O que é incomum, no entanto, é o agrupamento delas num mesmo setor, conferindo-lhe caráter distinto dos demais.

Ao se afirmar que a estrutura dos mercados digitais, leia-se plataformas digitais, é inabitual ao direito concorrencial, deve-se percorrer ao menos seis pontos para se comprovar tal hipótese. O Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em extenso e completo relatório intitulado "*Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*"[2] parece, com base na experiência internacional, corroborar tal assertiva. Passa-se, portanto, a eles.

É imperioso se enxergar (i) plataformas digitais como mercados de múltiplos lados que são (ii) fortemente marcados por efeitos de rede. Além disso, há características de (iii) economia de escala, quando se considera o número de usuários, e, concomitantemente, (iv) economia de escopo, ao se levar em consideração a qualidade dos dados que trafegam nas plataformas. Ainda do ponto de vista econômico, deve-se ter em conta (v) os impactos concorrenciais dos mercados digitais serem marcados por custos marginais desprezíveis e, por fim, não se pode olvidar (vi) o escopo global das plataformas digitais. Esses são os elementos diferenciadores do porte do super time e de seus atletas. Vejamos.

Plataformas digitais criam mercados de dois lados. Em verdade, tais plataformas são grandes intermediadoras, unindo consumidores, anunciantes e fornecedores de produtos e

[2] CADE DEE. Documento de Trabalho 005/2020 – Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em 01 mai. 2021.

serviços. Evans e Schmalensee bem descrevem tal conceito econômico – o de mercado de múltiplos lados – como um sistema negocial baseado na união de diferentes tipos de usuários e na facilitação de suas interações.[3]

Nos mercados digitais é mais coerente se falar em mercados de múltiplos lados, mas não apenas dois, como bem aponta a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ao constatar que apesar da multidimensionalidade por vezes começar com dois lados, unindo consumidores e vendedores, trata-se apenas do início, tendo tais mercados três ou quatro lados quando juntam consumidores, fornecedores de conteúdo, anunciantes e meios de pagamentos.[4]

Nesse contexto, nota-se que as plataformas digitais são verdadeiros catalisadores da interação dos vários agentes que nelas se fazem presentes. Isso gera incontestável redução dos custos de transação. Ao mesmo tempo, contudo, ao passo que criam benefícios decorrentes da presença de usuários distintos, as plataformas digitais impõem a seus usuários uma relação de dependência, não só da plataforma, mas também entre eles (vendedores, anunciantes e consumidores), como afirma Mattiuzzo.[5]

Tal característica de interligação e interdependência desagua noutra com igual relevância para a compreensão da estrutura dos mercados digitais: os fortes efeitos de rede. Trata-se, pois, de externalidade em que a valoração dos serviços prestados pelas plataformas digitais depende da adesão e engajamento dos usuários, sejam consumidores, fornecedores ou anunciantes, naquele determinado ambiente virtual.

Isto posto, a OCDE aponta que, nos mercados digitais, deve-se considerar os *feedback loops* que, por vezes, propulsionam os efeitos de rede. Em verdade, em razão dessa característica – de presença de *feedback loops* –, as plataformas digitais direcionam sua atuação para sempre aumentar o número de usuários nelas presentes. A OCDE explica a questão com

---

[3] EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-sided Plataform Business. NBER **Working Paper Series. Working Paper** 18783. 2015. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w18783>. Acesso em 02 mai. 2021. p. 1.

[4] OCDE. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**. 2018. Disponível em: <www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>. Acesso em 02 mai. 2021. p. 10.

[5] MATTIUZZO, Marcela. Propaganda online e privacidade: o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste. In: **Revista do IBRAC**; RIBRAC, v. 21, n. 26. 2014. p. 296.

um exemplo elucidativo acerca do efeito cascata que eventual aumento do preço pago pelos usuários pode causar. Vejamos algumas ações e suas consequências.

Aumenta-se o preço. Reduz-se o número de usuários. Reduz-se o valor da plataforma para anunciantes. Reduz-se o retorno que os provedores de conteúdo ganham por visualização. Reduz-se a qualidade e a quantidade do conteúdo. Por fim, reduz-se o valor que os anunciantes estão dispostos a pagar. O fato é que toda ação tomada pelas plataformas digitais geram um efeito cascata e, ao mesmo tempo em que podem eliminá-las do mercado, podem gerar sua completa dominância.[6]

Compreendida tal cadeia de incentivos, fica simples compreender a razão pela qual o sistema operacional das plataformas digitais usualmente buscar suprimir a capacidade de *multihoming* dos usuários, que nada mais é que a capacidade dos usuários de terem acesso a versões alternativas e simultâneas dos serviços prestados por uma plataforma. O Reino Unido, em documento dedicado à análise dos mercados digitais[7], bem apurou que algumas estratégias específicas adotadas por plataformas para limitar o *multihoming* são a perda de dados pessoais ou de reputação dos usuários, os termos de uso anticompetitivos, as barreiras técnicas à interoperabilidade e a venda-casada de serviços.[8]

Em outras palavras, a plataforma busca sempre que possível evitar que usuários dela se desliguem ou utilizem outras plataformas paralelamente. Isso, pois, se por um lado perde-se em cadeia com a redução do número de usuários, por outro, o inverso também é verdadeiro. Por essa razão, a competição por ecossistemas reforça a tendência concentracionista – ou monopolista – dos mercados digitais, pois uma plataforma concorrente precisaria oferecer todos os serviços cobertos pela incumbente para ser competitiva.[9]

---

[6] OCDE. Op. cit., pp. 11.

[7] FURMAN, Jason [Coord.]. **Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel**. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf>; Acesso em: 04. mai. 2021.

[8] CADE DEE. Op. cit., pp. 13.

[9] CADE DEE. Op. cit., pp. 13.

Ou seja, eventual entrante ou uma plataforma já existente, mas que queira ganhar participação de mercado, precisariam ser extremamente competitivos num momento inicial para, após adquirida posição de dominância, dela poderem extrair lucros. Explica-se.

Suponha-se a existência de determinada rede social com posição consolidada no mercado, detendo mais de 90% *market share*. Seus usuários já estão tão acomodados e familiarizados com a plataforma que dificilmente migrarão para outra rede social. Some-se a isso o fato de quase a totalidade dos usuários de redes sociais estarem a ela conectados. Tal situação faz com que tal plataforma não tenha incentivos à melhoria da experiência do usuário, ou seja, há certa estagnação em termos de qualidade do produto. Voltando-se às comparações com o futebol: em time que está ganhando, não se mexe.

Pois bem. Imagine-se que surja uma nova rede social, que investe valores vultosos em pesquisa e desenvolvimento e oferece ao usuário uma experiência infinitamente melhor do ponto de vista técnico. A qualidade do serviço é superior. Some-se a isso uma estratégia de marketing em que cada novo usuário desta plataforma ganhe cupons de descontos em variados restaurantes. Além disso, os cem mil primeiros usuários serão bonificados com uma quantia em dinheiro a ser gasta em compras dentro da plataforma.

É de se supor que, diante da inércia da rede social incumbente, os usuários migrariam para esta nova plataforma. No entanto, pode-se igualmente supor que, caso a plataforma entrante absorva todos os usuários da plataforma incumbente, passando ela a deter 90% de participação de mercado, que não mais proceda a estratégias comerciais tão agressivas e custosas. Isso porque, agora, é ela a plataforma incumbente e que tende a manter os usuários com ela engajados.

Esse movimento – de extrema competição num primeiro momento, mas que se transforma num longo período de estabilidade (leia-se baixa competição) posteriormente, no qual o monopolista recebe os lucros de seu poder de mercado – é o chama-se de "*tipping effect*".[10]

Trata-se de mais uma característica atrelada aos efeitos de rede e seus *feedback loops* dentro de um mercado de múltiplos lados. Como dito anteriormente, se isoladamente

[10] CADE DEE. Op. cit., pp. 14.

consideradas, nenhuma dessas características é nova à doutrina antitruste. No entanto, as relações entre elas são o que tornam os mercados digitais diferentes se comparados aos mercados tradicionais.

Abordadas duas, das cinco, características que distinguem a estrutura dos mercados digitais – mercados de múltiplos lados e fortes efeitos de rede –, passa-se ao exame das demais.

As plataformas digitais detêm, ao mesmo tempo, características de economia de escala e de economia de escopo. Num extremo ou noutro, tais tipos de economia, se isoladamente considerados, já levantam preocupações, posto que, em certos casos, poderiam servir como desestímulo ao ingresso de novos entrantes num determinado mercado.[11] Imagine-se, então, quando presentes concomitantemente num determinado setor. É justamente o caso das plataformas digitais. Explica-se.

Economias de escala são aquelas em que a elevação da quantidade ofertada gera uma redução de custos. Ou seja, a quantidade é a variável crucial, que se sobressai à qualidade. Tal tipo de economia é, inclusive, uma das razões de concentração e que viabiliza a atividade econômica em determinados mercados. Nesse ponto, Nusdeo bem registra que, apesar de justificar eventuais movimentos concentracionistas, as economias de escala não possuem o propósito de extinguir a concorrência pura e simplesmente, sendo que as economias de escala geralmente decorrem de inviabilidades técnicas que nada mais são do que a impossibilidade ou a inviabilidade econômica de se produzir em pequenas quantidades. Assim, ou produz-se em larga escala e em série ou não se produz.[12] Tal característica, por óbvio, tem relevância concorrencial.

Já economias de escopo decorrem de sinergias, isto é, da produção de diversos tipos de bens que, se isoladamente produzidos, teriam custo maior. Tal característica possui igualmente relevância antitruste ao passo que podem estar ligadas a verticalizações de cadeias de produção, bem como ao oferecimento conjunto de produtos.

O fato é que a existência de apenas uma das características acima já demandaria atenção por parte das autoridades concorrenciais. Ocorre que, no caso das plataformas digitais,

[11] BAGNOLI, Vicente**. Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2005. p. 152.
[12] NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 122.

estão presentes os dois tipos de economia. Portanto, tal cenário deve ser considerado como relevante.

Como visto acima, os efeitos de rede levam as plataformas digitais a buscarem cada vez mais usuários. Em outras palavras, seus serviços se valorizam, na lógica de *feedback loopings*, a medida em que possuem mais usuários ativos. Há, portanto, uma economia de escala no que tange ao número de usuários – leia-se dados – ligados a uma plataforma digital.

Da mesma forma, as plataformas digitais oferecem serviços integrados, de modo que os usuários não migrem para plataformas rivais. Elas valem-se da grande quantidade de dados que possuem para desenvolver serviços complementares que fidelizem seus usuários. O desenvolvimento de tais serviços paralelos gera um ganho de sinergia na medida em que a plataforma se vale de dados de usuários decorrentes do fornecimento de um serviço primário para o oferecimento de um serviço secundário. Economia de escopo.

Tem-se, portanto, economia de escala ao se pensar em número de usuários e economia de escopo ao se pensar em dados. O supracitado relatório do DEE registra tal característica, com base em estudo do Stigler Center, da Universidade de Chicago[13], quando explica que *players* de maior porte e que ofertam um maior número de produtos obtêm maior acesso a dados e estes são de maior qualidade, o que propicia o desenvolvimento de melhores produtos. Ademais, como dados são um insumo para diferentes produtos, grandes plataformas digitais conseguem adentrar novos mercados e desenvolver novos produtos a custos mais baixos do que entrantes ou até mesmo empresas já estabelecidas. Tal situação gera um ciclo virtuoso para as plataformas, que passam a ter ainda maior escala e mais dados.[14]

Outra característica das plataformas digitais com reflexos concorrenciais são os baixíssimos custos marginais por elas incorridos. Isso tem ligação intrínseca com as características de economia de escopo supracitadas. Considerando-se o custo marginal como aquele que determinado *player* tem para aumentar a sua produção, pode-se concluir que, diante da quantidade de usuários e dados disponíveis às plataformas incumbentes, esses são

[13] STIGLER Center. **Stigler Committee on Digital Platforms.** 2019. Disponível em: < https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>. Acesso em: 04 mai. 2021.

[14] CADE DEE. Op. cit., pp. 21 e 22.

desprezíveis. Tais baixos custos marginais encorajam as plataformas a expandirem sua oferta o máximo possível.[15] Há, assim, um ciclo – virtuoso ou vicioso, a depender da óptica – a marcar os mercados digitais.

Por fim, característica distintiva da estrutura dos mercados digitais é seu escopo global. Indubitavelmente, as plataformas digitais têm alcance mundial. Barreiras físicas ou geográficas que restringem os mercados tradicionais, via de regra, não são observadas no ambiente virtual. Lessig explica que a variável "natureza" perde relevância quando considerado o meio cibernético, o que, inclusive, é um desafio à regulação do meio digital.[16]

A abrangência global dos mercados digitais tem impactos não apenas na complexa tarefa de apuração de efeitos das práticas neles perpetradas como também nos mais básicos e elementares passos de qualquer análise concorrencial, como é o caso da definição de mercado relevante.

A verdade é que as características acima, sobretudo se enxergadas de maneira conjunta, são as que distinguem os mercados digitais das economias tradicionais. Como bem registra o supracitado relatório do DEE, ao tratar das conclusões do Stigler Center sobre os mercados digitais, *a confluência de diversos fatores encontrados em outras áreas da economia faz com que mercados digitais apresentem uma estrutura econômica única*.[17]

Conclui-se, portanto, que os elementos acima apontam para uma estrutura diferenciada dos mercados digitais. Mais uma vez retornando à hipótese futebolística, começa-se a perceber que o tal super time tem uma estrutura mais robusta que os demais times de futebol. Tem jogadores polivalentes que jogam em diversas posições (mercado de múltiplos lados), centros de treinamentos (CTs) mais completos, o que evita a saída de jogadores dos CTs (efeito de rede), um maior número de torcedores (economia de escala), uma vasta gama de produtos relacionados ao time, voltados ao futebol ou não (economia de escopo), e que são facilmente desenvolvidos de acordo com as preferências da torcida (baixo custo marginal), além de possuir uma rede própria de transporte inigualável, possibilitando ao time o deslocamento

[15] CADE DEE. Op. cit., pp. 44.
[16] LESSIG, Lawrence. The constitution of code: limitations on choice-based critiques of cyberspace regulation. **CommLaw Conspectus**, v. 5, p. 183, 1997.
[17] CADE DEE. Op. cit., pp. 12.

rápido e confortável por todo o mundo, sendo possível disputar partidas em qualquer lugar do planeta (escopo global).

## 2.2. Da definição de mercado relevante

Compreendida a estrutura diferenciada dos mercados digitais, passa-se a outra variável concorrencial relevante que os envolve, a definição de mercado relevante. No exemplo esportivo, estar-se-ia a tratar da própria identificação da modalidade praticada. Explica-se.

A definição de mercado relevante é o primeiro passo de qualquer análise concorrencial. Forgioni ensina que o mercado relevante é um conceito que permeia todo o direito antitruste, tratando-se de um espaço em que são estabelecidas as relações concorrenciais entre agentes econômicos, cuja delimitação é indispensável para a incidência de qualquer hipótese de práticas restritivas indicadas na legislação concorrencial.[18]

De acordo com o próprio CADE, a delimitação do mercado relevante é o *processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa resultante da operação*.[19]

Nesse contexto, Bagnoli explica que a delimitação do mercado relevante, seja em seu escopo material, seja em sua dimensão geográfica, deve ser a mais restrita possível de modo que se apure com clareza a existência de posição dominante de determinado agente, que os efeitos de determinada práticas sejam visualizados de maneira potencializada e que se evite a subestimação ou imunidade de determinadas práticas ou agentes.[20]

Ocorre que tal definição, por mais básica e importante que seja, encontra dificuldades práticas em relação aos mercados digitais, sobretudo em razão de sua estrutura distinta.

---

[18] FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. 2. tir. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 231.

[19] CADE. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal.** 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 04 mai. 2021. p. 12.

[20] BAGNOLI, Op. cit., pp. 141.

Conceitos de substituibilidade de oferta e demanda, amplamente aplicáveis a mercados convencionais, encontram dificuldades de conformação nos mercados digitais. Isso se dá em razão de tais conceitos serem baseados na variável "preço", que não raras vezes é zero nos mercados digitais. Em verdade, testes econométricos baseados em preços – e constituem a maioria dos testes aplicáveis pelas autoridades concorrenciais atualmente – esbarram na estratégia de *zero price* comumente adotada pelas plataformas digitais.[21]

Não bastasse, deve-se ter em mente que em mercados de múltiplos lados preços não representam a totalidade dos ganhos auferidos.[22] Veja-se, por exemplo, que certas redes sociais são de acesso gratuito a seus usuários (*zero price*), que "pagam" pelo serviço com seus dados, ao mesmo tempo que cobram de certos anunciantes para terem seus produtos divulgados aos usuários da rede social. O mesmo ocorre em relação a aplicativos de comida, viagens, transporte e etc., em que não é possível se precificar o produto ou serviço para determinados lados do mercado. Isso não faz, contudo, que constituam necessariamente mercados relevantes diversos.

Considerar apenas um dos lados do mercado na definição do mercado relevante, que, repita-se, deve ser a mais restrita possível, não parece ser a opção mais adequada. Certamente, a substituibilidade dos serviços prestados pela plataforma digital não é a mesma sob o ponto de vista do consumidor final, dos seus anunciantes ou dos prestadores dos serviços anunciados. Por outro lado, uma definição extremamente aberta e genérica pode levar à cenários em que se subestima o poder de mercado das plataformas digitais.

Diante deste cenário, parece ser prudente que a definição de mercado relevante abranja não apenas a variável de preço, mas também aspectos como funcionalidade, inovação, privacidade, dentre outros.[23] Ocorre que os testes baseados em tais critérios, no atual estado da arte concorrencial, não possuem o mesmo rigor daqueles baseados em preço.[24]

---

[21] BELIZARIO, Antonio Bloch; LORENZETTI, Marcela Abras. Zero-price markets e seus desafios para a análise concorrencial. In: **Defesa da concorrência em plataformas digitais** [recurso eletrônico] / Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo: FGV Direito SP, 2020. pp. 150 a 171.

[22] CADE DEE. Op. cit., pp. 19.

[23] GUNDLACH, Greg**. Non-Price Effects of Mergers: A Primer.** Disponível em: <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/08/Gundlach-2016-NON-PRICE-EFFECTS-OF-MERGERS.-A-PRIMER_0-1.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2021.

[24] CRÉMER, Jacques [Coord.]. **Competition policy for the digital era.** Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 04. mai. 2021. p. 45.

Por fim, deve-se lembrar que análises históricas, tipo de exame muito comum para a definição de mercados relevantes e análise de condutas e operações em mercados tradicionais, não se aplicam aos mercados digitais. Mercados digitais são extremamente dinâmicos e, por isso, a situação observada em determinado momento sobre a posição de determinado *player* e a estrutura de certo segmento pode ser totalmente diversa no instante seguinte, o que prejudica a confiabilidade de séries históricas.[25]

Algumas soluções vêm sendo apresentadas para o endereçamento do problema de definição de mercado relevante em plataformas digitais. Elas passam pela definição de todo o ecossistema de determinada plataforma como um único mercado relevante, com foco nas evidências de poder de mercado, potenciais danos à concorrência e identificação de estratégias anticompetitivas. Abarcam, ainda, análise das dinâmicas competitivas de mercados secundários, considerando-se o efeito *lock-in* dos consumidores.[26]

Ocorre que ainda não é possível se visualizar uma teoria econômica suficientemente clara e incontestável nesse sentido, sobretudo que garanta segurança jurídica aos *players* dos mercados digitais. Desta forma, apesar de instigantes e promissoras as soluções supracitadas, ainda há um longo caminho a percorrer até se chegar a um método facilmente replicável pelas autoridades concorrenciais.

Estando a se falar de futebol, poder-se-ia afirmar que se começa a enxergar que o super time parece não jogar exatamente o mesmo jogo que os demais. O esporte jogado pela super equipe, apesar de bastante semelhante, indica possuir características que o diferenciam do futebol convencional. Mesmo sendo óbvio se falar que primeiro é necessário definir qual esporte estão praticando os times para, após, definir se podem jogar entre eles, tal tarefa não é trivial neste caso.

### 2.3. Da essencialidade dos dados

Os dados revelam preferências e predisposições dos indivíduos. Por isso, se tornaram bens importantes e valorizados pelas plataformas digitais. Dados são tão essenciais

[25] CADE DEE. Op. cit., pp. 19.
[26] CADE DEE. Op. cit., pp. 20.

aos mercados digitais quanto a bola é imprescindível ao futebol. Apesar disso, os usuários ainda não compreendem claramente como seus dados têm sido utilizados. E, pior, não sabem, sequer, se as decisões que tomam são, de fato, livres ou influenciadas por essa cortina de fumaça formada pela tecnologia. É como se as bandeiras gigantes estendidas nos estádios de futebol cegassem por completo os torcedores que estão atrás delas.

Os dados, antes sequer considerados bens quantificáveis, desprovidos de qualquer valor econômico, passaram a ser o novo petróleo (*data is new oil*), num contexto de supervalorização da informação. O *big data*, um enorme conjunto de dados digitais mantidos por organizações e governos que os analisam por meio de algoritmos, inaugurou uma era, que se tornou tema de incessante debate jurídico e econômico.

Os dados provavelmente são a grande novidade dos mercados digitais para o direito antitruste. Isso porque ainda não se tem clareza acerca do exato impacto dos dados sobre o ambiente competitivo. A quantificação desse impacto, essencial à segurança jurídica, ainda não tem metodologia clara para o direito da concorrência. Não obstante, algumas premissas sobre os dados podem ser estabelecidas desde já.

A primeira delas é que o controle sobre dados confere poder de mercado ao seu detentor.[27] Como visto no item II.1 acima, a estrutura dos mercados digitais propicia uma vantagem competitiva enorme a quem consegue colher, tratar e organizar informações. Trata-se de mercado no qual quem adquire o maior volume de informações primeiro, torna-se líder praticamente incontestável (*winner-takes-all market*). Além disso, os dados são essenciais à operação nas economias digitais, sendo o acesso a eles crucial para entrar e se manter no mercado. Esse, inclusive, é o segundo postulado a envolver concorrência e mercados digitais: o acesso a dados pode configurar elevada barreira à entrada no setor.[28]

Uma das grandes preocupações concorrenciais em relação a dados é que, em razão da estrutura dos mercados digitais, eles tornam as grandes plataformas cada vez mais poderosas, ao mesmo tempo em que dificultam a ascensão de novos entrantes. A economia de escala

[27] SCHREPEL, Thibault. **Predatory Inovation: The Definite Need for Legal Recognition**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997586>. Acesso em 08 mai. 2021.
[28] CADE DEE. Op. cit., pp. 21.

dinâmica acima descrita, a reboque da retroalimentação de dados, cria o cenário problemático do ponto de vista antitruste.

E não é apenas a quantidade de dados que gera preocupações concorrenciais, mas também a sua qualidade. *Players* de maior porte e que ofertam um maior número de produtos, têm naturalmente maior qualidade de dados, o que gera indubitável vantagem competitiva.

É importante destacar que, para fins competitivos, os dados podem ser divididos em dois tipos: *large population dataset*, dados sobre uma grande população de pessoas, e *high dimensional dataset*, dimensões de informações sobre um determinado indivíduo. O Stigler Center consigna que plataformas digitais possuem volume e capacidade de processamento de dados infinitamente maiores do que *players* da economia tradicional, sendo que suas bases de dados são importantes tanto porque elas possuem *large population datasets*, como porque elas possuem diversas e detalhadas informações sobre uma única pessoa.[29]

Tal característica gera duas consequências interligadas e que se retroalimentam: quanto mais dados se tem sobre determinada pessoa, é possível fazer sua experiência na plataforma única e de acordo com suas preferências, ou seja, a experiência é melhor e mais customizada para o usuário (*high dimensional dataset*). Por outro lado, sendo a experiência melhor do ponto de vista individual, a plataforma atrai novos usuários para si, aumentando sua base de dados (*large population dataset*) e, consequentemente, apurando ainda mais seu conhecimento das pessoas e fornecendo soluções cada vez mais *taylormade*. Ou seja, há um movimento cíclico em favor do agente incumbente, o que dificulta a entrada de outros.

A grande verdade é que, nos mercados digitais, a competição baseia-se e depende do acesso constante a dados.[30] Isso não é necessariamente bom, tampouco ruim. Se por um lado essa necessidade por dados pode, em teoria, gerar maior competição e eficiência por parte das plataformas digitais, por outro pode expor os usuários a violações aos seus direitos de privacidade e, no limite, a propiciar a colusão.

Tentando-se, mais uma vez, traçar o paralelo com o futebol, é como se apenas uma das equipes em uma partida – no caso, o super time – conseguisse tocar na bola. Por mais que

[29] CADE DEE. Op. cit., pp. 23.
[30] Ibid.

a outra equipe se esforce, a posse da bola, o instrumento essencial do jogo, permanece apenas com o super time. Essa super equipe, por controlar a bola a tanto tempo, desenvolveu tamanha habilidade que é bastante improvável que um jogador do outro time, sem muita familiaridade com a redonda, roube-a de seu adversário.

### 2.4. Da forma de precificação nos mercados digitais

Outro fator distintivo dos mercados digitais face às economias tradicionais é a forma de precificação. Esse também é um dos principais desafios do direito antitruste para avaliar a forma de atuação das plataformas digitais. Isso porque a doutrina antitruste tradicional é baseada na análise de preços e quantidades, elementos muitas vezes impossíveis de se apurar nos mercados digitais.

Tal questão, inclusive, serviu de mote para o surgimento da corrente que inicialmente foi denominada de *hipster antitrust*, movimento que integra o chamado *new brandeisian*. Para seus defensores, o advento e a expansão da internet e novas tecnologias trouxeram problemas para o direito que demandam a adaptação de objetivos legais e conceitos jurídicos, a elaboração de novas categorias jurídicas e até mesmo o desenvolvimento de uma regulação capaz de endereçar as questões da era digital.

Lina Khan, hoje tida como uma das líderes do movimento, em contraponto ao trabalho de Robert H. Bork em "*The Antitrust Paradox"*[31], publicou artigo denominado "*Amazon's Antitrust Paradox*"[32], uma das pedras fundamentais do "*hipster antitrust"*. Khan, recentemente nomeada presidente da *Federal Trade Commission*, órgão estadunidense com competência antitruste, explicou ter escrito o artigo pois a *Amazon* ilustraria o que há de errado com o atual regime antitruste, demonstrando como uma empresa pode monopolizar determinados mercados sem infringir a lei concorrencial diretamente.[33]

[31] BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**. Nova York: The Free Press, 1978.

[32] KHAN, Lina M. **Amazon's Antitrust Paradox**. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5785&context=ylj>; Acesso em: 01 ago. 2019.

[33] CAPITALISN'T. **Antitrust Pt2: The Populist**. Entrevistadores: Luigi Zingales e Kate Waldock. Entrevistada: Lina Khan. Simplecast, [S.I.]. Podcast. Disponível em: <https://www.capitalisnt.com/show-notes/>; Acesso em: 10 mai. 2021.

Enquanto Bork, em 1978, criticava a legislação concorrencial vigente à época trazendo a ideia de maximização do bem-estar do consumidor como fundamento do antitruste, Khan afirma que tal bem-estar não pode se resumir apenas à variável de preço. Em verdade, para Khan, o objetivo do antitruste deve ser maior, o de preservar o processo competitivo e as estruturas de mercado.

Khan afirma que, no geral, os objetivos da legislação concorrencial são demasiadamente vagos e que Bork, no que foi aceito pela maioria das autoridades concorrenciais, introduziu a ideia de ligá-los ao bem-estar do consumidor, numa análise voltada basicamente ao preço ofertado ao consumidor. Para ela, é um erro acreditar que a lei antitruste busca somente o bem-estar do consumidor e que este gira em torno do preço. Khan defende que o antitruste deve ser capaz de endereçar outras formas de poder de mercado, como aquelas exercidas, por exemplo, através de monopsônios.[34]

Nessa esteira, sustenta esse movimento que deveriam os objetivos do antitruste serem ampliados para considerar não só o bem-estar do consumidor, e sua aferição baseada em preços, mas também as estruturas e as dinâmicas competitivas dos mercados, analisando-se a qualidade de oferta de bens e serviços, relações entre potenciais competidores, subsídios cruzados, dentre outros fatores. Há o entendimento de que qualidade, proteção de dados, diversificação da oferta, por exemplo, devem fazer parte da análise de bem-estar, pois há problemas decorrentes de análises quantitativas baseadas apenas em preços, pois estas, por vezes, não guardam relação com a realidade dos mercados digitais.

E o movimento vai além. Quando afirma ser necessário a ampliação dos objetivos do antitruste, é no sentido de que estes deveriam abarcar não só questões voltadas a preços, efeitos e, consequente, maximização do bem-estar do consumidor, mas também preocupações paralelas advindas da concentração de poder de mercado, que possuem reflexos no poder político dos *players*, nas relações de trabalho de seus empregados, além de implicações ao meio ambiente e à própria noção de democracia.[35]

---

*Idem ibidem*.
[35] KHAN. Op. cit., pp. 739-743

Mas, afinal, qual é o motivo pelo qual a aferição de preço nos mercados digitais seria questionável? A resposta é simples: porque em alguns lados dos mercados digitais o preço é zero. Sendo impossível a quantificação do preço, como, portanto, utilizá-lo na análise antitruste? Esse é o grande desafio a envolver o tema. A doutrina antitruste, que por décadas vem sendo construída baseada numa análise de preços, se vê diante de um mercado em que essa variável não é facilmente verificada.

Um exemplo desse cenário pode ser visualizado nos aplicativos de *delivery* de refeições. Os usuários finais, que demandam a comida, não pagam pela utilização da plataforma. Em relação a essa face do mercado o preço é zero. No entanto, para anunciantes naquela plataforma, bem como para os restaurantes que ali fornecem seus produtos e serviços, há cobrança de algum valor por parte da plataforma. Ora, do ponto de vista do consumidor final, portanto, como aplicar os tradicionais testes de análise antitruste?

O teste do monopolista hipotético, por exemplo, incorporado pelas mais avançadas autoridades de defesa da concorrência, inclusive a brasileira, que é amplamente utilizado na definição de mercado relevante, é baseado na variável de preço. Referido teste traz para a discussão de mercado relevante a visão dos consumidores, ao considerar a substitutibilidade de produtos, a rivalidade entre empresas e a possibilidade de entrada, ao incluir no mercado antitruste aquela produção que seria ofertada por entrantes não compromissados frente a um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços.[36] No mercado digital, no entanto, em que não existe preço (*zero price*), como aplicar esse teste? E, pior, ainda não há outro teste com tamanha robustez e que não seja baseado na análise de preços.

Não é demais registrar que o *zero price*, apesar de aparentemente beneficiar o consumidor, não confere a quem o implementa isenção antitruste. Na verdade, há sim pagamento por partes dos consumidores, não em dinheiro, mas via "*escambo*", quando fornece atenção e dados à plataforma, em troca de serviços e propaganda.[37] Há, portanto, relevância e impacto concorrencial, pois, ainda que o preço seja aparentemente zero, pode haver, por

[36] CADE DEE. Documento de Trabalho 001/2010 –Delimitação de mercado relevante. 2010. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em 07 mai. 2021.

[37] STIGLER. Op. cit., pp. 55.

exemplo, elevação no número de propagandas feitas ao consumidor, o que, consequentemente, reduz a qualidade do serviço.

Como será abordado no item 2.5 a seguir, a prática de preço zero aumenta o impacto de manipulações comportamentais na competição entre diferentes agentes. Tal prática, como bem apurado pelo Stigler Center, por óbvio, limita a competição por preço, estratégia geralmente usada por entrantes, forçando concorrentes a competirem via oferta de produtos, cuja qualidade é de difícil mensuração.[38]

Tal cenário faz com que mercados com preço zero tendam a ser dominados por plataformas que ofertem serviços de melhor qualidade, o que depende, como explicado no item II.3 acima, dos dados a elas disponíveis. Tal situação é diferente daquela observada em mercados tradicionais, em que os setores tendem a ser dominados pelos agentes que apresentam certa qualidade atrelada a um preço.[39] Também foi percebido que a prática de *zero price* limita uma das principais estratégias para crescimento em mercados tradicionais, a prática de descontos.

É nesse contexto que, aparentemente, a caixa de ferramentas antitruste parece não conter um instrumento apto a fazer, quando necessários, reparos nos mercados digitais. Em outras palavras, eventuais condutas anticompetitivas perpetradas por plataformas digitais são de dificílima constatação, porquanto não há meios para apurá-las devidamente. Tampouco permite o atual ferramental antitruste a adequada correção de possíveis problemas concorrenciais nas economias digitais.

É dizer, no mundo do futebol, que o super time usa na recuperação de seus atletas droga por ele desenvolvida e que, apesar de não ser proibida, não é sequer conhecida ou passível de identificação por parte da confederação que dita as regras do jogo. Como poderia, portanto, a autoridade máxima do futebol, se não tem meios para apurar se referida droga é maléfica ou não, proibi-la? Diante do desconhecimento sobre tal revigorante muscular, porque não há meios suficientes de análise para tanto, o que fazer? Essa é exatamente a situação em que se encontram

[38] CADE DEE. Op. cit., pp. 31.
[39] Idem ibidem.

as autoridades concorrenciais, que não conseguem endereçar com o rigor e a agilidade que as circunstâncias exigem, a forma de precificação adotada pelas plataformas digitais.

## 3. Da economia comportamental e da dinâmica concorrencial

O último dos cinco fatores inicialmente identificados como distintivo dos mercados digitais quando comparados às economias tradicionais tem ligação com o comportamento dos consumidores e seus efeitos sobre a dinâmica concorrencial das plataformas digitais. Trata-se da forma como se comporta a torcida do super time.

Em face de tudo que foi acima explicado, é de se supor que as plataformas digitais tendem a explorar vieses comportamentais de seus usuários para sedimentar sua posição dominante. Isso porque o poder de mercado das plataformas digitais tem origem justamente nos seus usuários. Nesse contexto, o Stigler Center listou quatro comportamentos dos consumidores que teriam o condão de, de alguma forma, afetar a concorrência nos mercados digitais: o *salience effect*, quando o consumidor acessa (clica) o conteúdo que está mais evidente; *o confirmation bias*, quando o consumidor tende a concordar com o que já acredita; a manutenção do *status quo*, pois os consumidores dificilmente mudam de *defaults* ou trocam de fornecedores; e a impaciência, ansiedade e falta de controle, quando os consumidores permanecem navegando nas plataformas sociais, mesmo tendo outras tarefas a desempenhar.[40]

Esses quatro tipos de comportamento tornam os usuários muito mais suscetíveis a manipulações e, consequentemente, criam sensibilidade do ponto de vista concorrencial, sobretudo quando as plataformas digitais possuem o *high dimensional dataset*, ou seja, dados específicos sobre as preferências de determinado consumidor. Isso faz com que a plataforma detentora dos dados seja capaz de manipular as escolhas econômicas do usuário, mesmo sem que ele perceba. Os impactos competitivos de tal manipulação são incontestáveis, principalmente na medida em que a competição nos mercados digitais se dá com base na qualidade da experiência do usuário.[41]

[40] CADE DEE. Op. cit., pp. 31 e 32.3
[41] Idem ibidem.

Tais vulnerabilidades do consumidor têm sido objeto de atenção das autoridades concorrenciais internacionais. Como cita o DEE, o relatório da União Europeia afirma que o viés de consumidores por *defaults* ou por gratificações de curto prazo fortalece o poder de mercado de empresas incumbentes e pode restringir pressões competitivas. Registrou, ainda, que o Reino Unido também discute como plataformas utilizam diferentes estratégias para fidelizar consumidores e bloquear *multihoming* através da manipulação de seu comportamento. No mesmo sentido avança a autoridade concorrencial canadense.[42]

Por mais imaterial que tal circunstância pareça, não há como dizer que não tem reflexos concorrenciais. Vejamos a que ponto chegou o direito antitruste: ter de considerar em sua análise aspectos comportamentais e psicológicos dos consumidores para a aferição da competitividade em determinado setor. Tal intangibilidade de conceitos é uma nota extremamente aguda aos ouvidos sensíveis do regulador. Incomoda.

Em verdade, como ensina Ranchordas, o direito – o antitruste, inclusive - com sua obsessão por estabilidade e previsibilidade, não convive bem com os desafios enfrentados pela regulação econômica em face das inovações tecnológicas.[43] A velocidade dos avanços tecnológicos e a imaterialidade de seus conceitos não harmonizam com as instituições estáticas do direito.[44] O desafio está posto e é enorme.

No caso da nossa paixão nacional, a situação equivale a dizer que o super time conseguiria perceber a preferência de seus torcedores, ainda que os próprios não tenham consciência disso. Desse modo, a super equipe sempre colocaria em campo os jogadores preferidos dos torcedores, usaria a cor de camisa que mais agradasse a torcida, focaria no desenvolvimento dos produtos objeto de desejo de seus apoiadores, direcionaria sua estratégia de marketing, dentre várias outras ações que fidelizassem o público à equipe.

Em resumo, conclui-se que o super time se diferencia dos demais por cinco principais razões, acima elencadas. São essas as razões que possibilitam que se enxergue a

[42] Idem ibidem.
[43] RANCHORDAS, Sofia. Innovation Experimentalism in the age of the sharing economy. Disponível em: <http://ssm.com/abstract=2638406> Acesso em 04 mai. 2021.
[44] RANCHORDAS, Op. cit., pp. 28-29.

economia digital de forma apartada dos mercados tradicionais. As plataformas digitais nitidamente possuem as características do super equipe, como ilustrado abaixo:

Fonte: Elaboração do autor.

## 4. Conclusões

Diante do cenário que se coloca, começa-se a perceber que, apesar da parafernália semelhante, o super time não está a jogar o mesmo esporte dos demais. Há um campo gramado, com balizas nas extremidades, os jogadores usam chuteiras e meiões, há titulares e reservas, mas o jogo não é definitivamente o mesmo. É como se os franzinos jogadores dos times comuns utilizassem apenas os pés durante a partida, enquanto os brutamontes do super time utilizam pés e mãos, esbarram-se e fazem de tudo para seguir adiante.

Chega-se, pois, finalmente, a uma conclusão: os times tradicionais estão a praticar o futebol, mas a super equipe, na verdade, joga *rugby* ou futebol americano. Assim sendo, não é justo aos times de futebol que se submetam às regras do *rugby* ou do futebol americano, esporte distinto e que lhes exige qualidades que não possuem para competir em pé de igualdade.

Este artigo demonstrou que o porte mais robusto e complexo do super time e seus atletas (estrutura dos mercados digitais), que a natureza e delimitação das regras do esporte praticado (definição de mercados relevantes digitais), que a absoluta posse de bola, instrumento do jogo (essencialidade e monopólio dos dados), o desconhecido e eficaz método de recuperação dos jogadores (forma de precificação das plataformas digitais), bem como a

percepção do super time das necessidades de seus torcedores (economia comportamental), levam a crer que o esporte praticado por este não é o futebol tal como concebido pelos brasileiros.

Devem, portanto, se submeter a regras específicas, direcionadas a regular o super time e outros que pretendam jogar nesse mesmo patamar e, mais, normas que possibilitem o surgimento de outras super equipes. As regras do futebol definitivamente não são suficientes a essas finalidades.

Além de regras distintas, é igualmente prudente que haja um juiz específico para o super time. Um árbitro de futebol, por mais preparado que seja, não compreenderá bem as regras de uma partida de *rugby* ou de futebol americano. Deve, portanto, ser o sufete esportivo capacitado e experiente para conduzir uma partida jogada pelo super time, ou seja, ser um *expert* em *rugby* ou futebol americano, mas não em futebol.

No direito antitruste é o mesmo que dizer: as plataformas digitais necessitam de um regramento jurídico específico a elas direcionados. As regras tradicionais não são em relação a elas suficientes. Até mesmo a autoridade a inspecioná-las deve ser distinta da autoridade concorrencial original. Os mercados digitais demandam, portanto, regras concorrenciais diferenciadas e, mais, autoridades concorrenciais dedicadas.

Algumas autoridades internacionais já começaram a se movimentar nesse sentido. A Comissão Europeia, por exemplo, em dezembro de 2020, publicou duas propostas de regulamentos pioneiras que trouxeram regras destinadas às plataformas digitais de grande alcance, denominadas nas propostas como *gatekeepers*. Trata-se do *Digital Markets Act* e do *Digital Services Act*, que possuem previsão de entrada em vigor em 2022 e 2023. De acordo com as proposituras, plataformas digitais terão que seguir regras especiais destinadas a preservação e fomento da livre concorrência, uma espécie de função social a elas inerente.

No mesmo sentido, a *Competition and Markets Authority*, autoridade concorrencial do Reino Unido, teve acatada pelo governo do país a sugestão de criação de um novo regime concorrencial aplicável às plataformas digitais, bem como de estabelecimento de uma autoridade específica para tratar dos mercados digitais, a *Digital Markets Unit*.

Recentemente, sobretudo após a posse do Presidente Joe Biden, os Estados Unidos da América parecem começar a caminhar na mesma direção. Propostas de alteração legislativa

vêm sendo discutidas para tornar mais severas as regras concorrenciais em relação às plataformas digitais. A Senadora *Amy Klobuchar*, por exemplo, por meio do *Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act* pretende implementar uma análise antitruste mais criteriosa em mercados digitais.

Espera-se que esse tipo de proposição ganhe fôlego na administração Biden, sobretudo pelas recentes nomeações de Lina Khan e Tim Wu - professores famosos por suas cruzadas contra as grandes empresas de tecnologia – para posições de destaque em órgãos que afetam diretamente a política antitruste americana. Khan foi nomeada presidente da *Federal Trade Commission* e Wu anunciado como um dos conselheiros de Biden em temas concorrenciais no *National Economic Council*.

No Brasil, as plataformas digitais começam a entrar no radar das autoridades concorrenciais brasileiras. Exemplo disso foi a medida preventiva concedida pela Superintendência-Geral do CADE contra o *Ifood*, proibindo a plataforma de firmar contratos de exclusividade com restaurantes (Processo Administrativo 08700.004588/2020-47). No entanto, a movimentação da autoridade concorrencial brasileira nos mercados digitais ainda é tímida se comparada às agências europeias e americana.

Tal acanhamento, no entanto, não obsta a conclusão de que a política antitruste brasileira adequada ao endereçamento das questões concorrenciais inerentes às plataformas digitais deve passar por uma revisão da regulação, bem como da estrutura da agência respectiva.

Entende-se plenamente possível que o CADE, através de norma infralegal, tal como uma resolução, estabeleça parâmetros para a análise de questões concorrenciais afetas aos mercados digitais. Frise-se que nesse contexto não há espaço para a alteração dos objetivos legais, tampouco das penalidades previstas na Lei 12.529/2011, a lei de defesa da concorrência brasileira. O que se espera é que tal resolução, como tantas outras do CADE, minudencie o texto da lei concorrencial, sendo com ela coerente, mas que defina com clareza as regras aplicáveis aos mercados digitais.

Tal norma traria desde a definição de quais agentes a ela se submetem, bem como critérios de análise específicos para aferição de poder de mercado de plataformas digitais, faturamento considerado em análises de concentração, relativização de definição de mercados

relevantes, conceito de grupos econômicos e até formas de apuração de aquisições em série por agentes incumbentes. As possibilidades são muitas.

Prudente, também, que se tenha uma autoridade exclusivamente dedicada aos mercados digitais. Nesse sentido, não se propõe aqui a criação de uma nova agência, o que demandaria lei específica, orçamento próprio e outros custos financeiros e burocráticos a ela inerentes. Poder-se-ia criar, dentro da estrutura do próprio CADE, uma nova coordenação de análise antitruste, que se somaria as onze hoje existentes, e que teria dentre as suas finalidades a análise de casos envolvendo mercados digitais.

O fato é que o Brasil, pelo número de brasileiros que jogam futebol, se tornou uma superpotência no esporte, um país vanguardista, que assumiu postura de liderança em relação ao jogo e todos os aspectos que o circundam. Em matéria de futebol, é internacionalmente reconhecido e o exemplo a ser seguido. Por essa mesma razão, sendo o brasileiro um dos povos mais ativos nos mercados digitais, é que se espera das autoridades competentes o mesmo vanguardismo, pujança e pioneirismo no enfrentamento das questões concorrenciais oriundas da economia digital.

**Referências Bibliográficas**

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao Direito da Concorrência.** São Paulo: Singular, 2005.

BELIZARIO, Antonio Bloch; LORENZETTI, Marcela Abras. *Zero-price markets* e seus desafios para a análise concorrencial. In: **Defesa da concorrência em plataformas digitais** [recurso eletrônico] / Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

BORK, Robert H. ***The Antitrust Paradox***. Nova York: The Free Press, 1978.

BRASIL É UM DOS GRANDES CONSUMIDORES DIGITAIS DO MUNDO. **Decision Report**, 2019. Disponível em: <https://www.decisionreport.com.br/destaque/brasil-e-um-dos-grandes-consumidores-digitais-do-mundo/#.YIvryrVKjcs>. Acesso em: 08 mai. 2021.

CADE. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal.** 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 04 mai. 2021. p. 12.

CADE DEE. *Documento de Trabalho 001/2010 –Delimitação de mercado relevante*. 2010. Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em 07 mai. 2021.

CADE DEE. *Documento de Trabalho 005/2020 – Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em 01 mai. 2021.

CRÉMER, Jacques [Coord.]. ***Competition policy for the digital era*.** Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em: 04. mai. 2021.

EVANS, David S. SCHMALENSEE, Richard. *The Antitrust Analysis of Multi-sided Plataform Business*. ***NBER Working Paper Series***. Working Paper 18783. 2015. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w18783>. Acesso em 02 mai. 2021. p. 1.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed. 2. tir. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FURMAN, Jason [Coord**.]. *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel***. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf>; Acesso em: 04. mai. 2021.

GUNDLACH, Greg. ***Non-Price Effects of Mergers: A Primer*.** Disponível em: <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/08/Gundlach-2016-NON-PRICE-EFFECTS-OF-MERGERS.-A-PRIMER_0-1.pdf>. Acesso em: 09 mai. 2021.

KHAN, Lina M. ***Amazon's Antitrust Paradox***. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5785&context=ylj>; Acesso em: 04 mai. 2021.

LESSIG, Lawrence. *The constitution of code: limitations on choice-based critiques of cyberspace regulation.* ***CommLaw Conspectus***, v. 5, 1997.

MATTIUZZO, Marcela. Propaganda online e privacidade: o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste. In: **Revista do IBRAC**; RIBRAC, v. 21, n. 26. 2014. p. 296.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico.** 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OCDE. ***Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*.** 2018. Disponível em: <www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>. Acesso em 02 mai. 2021.

RANCHORDAS, Sofia. Innovation ***Experimentalism in the age of the sharing economy.*** Disponível em: <http://ssm.com/abstract=2638406> Acesso em 04 ago. 2019.

SCHREPEL, Thibault. ***Predatory Inovation: The Definite Need for Legal Recognition***. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997586>. Acesso em 08 mai. 2021.

STIGLER Center. ***Stigler Committee on Digital Platforms***. 2019. Disponível em: < https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>. Acesso em: 04 mai. 2021.

WAKKA, Wagner. *Brasil é o 4º país com o maior tráfego de internet do mundo*. **Canal Tech**, 2020. Disponível em: <https://canaltech.com.br/internet/brasil-e-o-4o-pais-com-o-maior-trafego-de-internet-do-mundo-160694/#:~:text=O%20l%C3%ADder%20da%20lista%20s%C3%A3o,com%20cerca%20de%2080%20bilh%C3%B5es>. Acesso em: 08 mai. 2021.

# 15. *POOL* DE PATENTES COMO UM INSTRUMENTO DE CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS COLUSIVAS?

## *15. PATENT POOL AS AN INSTRUMENT FOR ANTICOMPETITIVE COLLUSIVE PRACTICES?*

Maria Carolina Rezende Vera e Mariana Ozaki Marra da Costa

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. POOL DE PATENTES E CONDUTAS UNILATERAIS: A IMPOSIÇÃO DE CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE. 2.1. Exclusividade nos contratos de licenciamento: efeitos lesivos e regras de análise. 2.2. A preocupação com a razoabilidade nos contratos de licenciamento de patentes. 3. POOL DE PATENTES E CONDUTAS COLUSIVAS. 3.1. Breves noções sobre acordos horizontais e verticais entre agentes econômicos e análise de potenciais práticas colusivas praticadas em *pools* de patentes e em licenciamentos cruzados. 3.2. Análise de potenciais práticas colusivas de recusa de licenciamento. 4. EFEITOS DOS *POOLS* DE PATENTES. 4.1. Formas de análise: qual a regra aplicável, *per se* ou da razão? 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

**RESUMO:** O artigo propõe, à luz das sinergias entre direito da concorrência e da propriedade intelectual, responder se a recusa de licenciamento de um *pool* de patentes pode configurar-se como conduta colusiva, para além das tradicionais discussões sobre seu enquadramento ou não como possível conduta unilateral. Busca-se aplicar a doutrina antitruste aos comportamentos abusivos perpetrados por meio do espaço de discussão entre competidores criado pelo *pool* de patentes. Desse modo, o presente trabalho, por meio de pesquisa qualitativa e bibliográfica, identifica possíveis condutas unilaterais consumadas pela imposição de cláusulas de exclusividade, condutas colusivas consistentes na recusa coletiva de licenciamento, bem como efeitos oriundos dos *pools* de patentes, analisando, por fim, a regra aplicável ao instituto.

**ABSTRACT:** *The article proposes, in the light of the synergies between Competition Law and Intellectual Property Law, to answer whether the refusal to license a patent pool can be configured as collusive practice. It seeks to apply Antitrust Law to abusive behaviors carried out through the space for discussion among competitors created by the patent pool. Therefore, the present work, via qualitative and bibliographic research, identifies unilateral conduct perpetrated by the imposition of exclusivity clauses, collusive conduct consisting of collective refusal of licensing, as well as effects arising from patent pools, analyzing, finally, the rule applicable to the institute.*

## 1. Introdução

O presente artigo orienta-se pela seguinte pergunta: "A recusa de licenciamento de um *pool* de patentes[1] pode ser classificada como conduta colusiva?". Trabalha-se com a hipótese de que, uma vez que a doutrina e a jurisprudência do Direito Antitruste reconhecem a possibilidade de condutas unilaterais anticoncorrenciais serem efetuadas por meio da fixação de exclusividade do *pool* de patentes, é possível afirmar que a recusa de licenciamento de *pool* de patentes tem o potencial de gerar uma conduta colusiva, objetivando a organização da oferta, dos consumidores ou do mercado. Mesmo se tratando de patentes complementares, a conduta colusiva pode ser observada pela ótica do consumidor e analisada a partir da cláusula *one stop shopping*.[2]

Os objetivos desta pesquisa dividem-se em geral e específicos. O objetivo geral é aplicar as considerações doutrinárias sobre condutas colusivas e formação de cartéis, derivados do Direito da Concorrência[3], ao estudo do *pool* de patentes, pertencente ao Direito de Propriedade Industrial. Os dois objetivos específicos são: estabelecer como o *pool* de patentes pode gerar condutas anticompetitivas, sejam unilaterais, sejam colusivas; e identificar de que maneira a recusa de licenciamento de um *pool* de patentes pode ser classificada como conduta colusiva.

O *pool* de patentes objetiva fomentar o compartilhamento de patentes entre seus titulares, permitindo-lhes a exploração conjunta de seus direitos de exclusividade, por meio da

---

[1] Consoante será exposto ao longo do presente estudo, pools de patentes ocorrem quando dois ou mais detentores de patentes licenciam estas entre si ou para terceiros, e inserem-se num contexto de padrões tecnológicos que necessitam de compatibilidade e de interoperabilidade entre os produtos produzidos. SILVA, Denise Freitas; ZIBETTI, Fabíola Wüst; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Contribuição para procedimentos para análise de pools de patentes. Monografia publicada no **X Prêmio SEAE de defesa da concorrência e regulação da atividade econômica - Monografias premiadas 2015.** Rio de Janeiro: 2015, p. 10. Disponível em: http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5432. Acesso em: 29 abr. 2021.

[2] O "one-stop shopping" ocorre quando os membros do pool de patentes oferecem um único licenciamento às empresas que objetivam utilizar as patentes do pool em seus produtos, ao invés de as licenças serem negociadas isoladamente com cada um de seus detentores. Pelo exposto, a partir da ideia de que o agente econômico não precisa negociar com todos os agentes possuidores da licença, tendo em vista a presença dessa cláusula, é que as condutas coordenadas dos agentes devem ser analisadas. TERNG, Vivian. **Agrupamento de patentes: Efeitos Concorrenciais e à Inovação.** Orientador: José Marcelo Martins Proença. 2018, p. 182. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial, 2018.

[3] Para fins deste artigo, os termos “Direito da Concorrência", "Direito Antitruste" e "Direito Concorrencial" serão tratados como sinônimos.

formação de um pacote de licenças, que é ofertado a terceiros interessados, podendo abranger desde um acordo contratual firmado entre dois detentores de patentes, a fim de licenciar determinada tecnologia; uma entidade administrativa criada para tal finalidade específica; ou mesmo um portfólio, feito por diversos titulares de patentes com tecnologias complexas, as quais necessitam de patentes complementares para a criação de novos serviços ou produtos.[4]

Assim, tal instituto pode ser utilizado como instrumento para agentes econômicos concorrentes trocarem informações sensíveis, como preços, *market share*, estratégias de negócios, níveis de produção, entre outras. Essa reunião de concorrentes horizontais permite a fixação de preços de monopólio[5], podendo facilitar a colusão[6], de modo a prejudicar o mercado. Nesse sentido, o instituto do *pool* atua como disfarce, que confere aparência de legalidade aos acordos horizontais entre concorrentes.[7]

Nesse sentido, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI; em inglês *World Intellectual Property Organization* - WIPO) já realizou algumas considerações sobre o tema:[8]

> "In addition, patent *pools* - like any other kind of cooperation amongst competitors - may encourage potential collusion, for example by creating a forum to share competitively sensitive information, such as pricing, marketing strategies, or R&D information among its members."

Interessante notar que esta hipótese se lastreia em evidências não tão recentes e encontra amparo na legislação norte-americana. Na edição do *Antitrust Guidelines for the*

[4] TERNG, Op. cit., p. 12.

[5] CARLSON, Steven C. Patent Pools and the Antitrust Dilemma**. Yale Journal on Regulation,** New Haven, v. 16, 1999, p. 388. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/72838872.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

[6] TERNG, Op. cit., p. 118.

[7] ANDRADE, Gustavo Piva de. **A Interface entre a Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste.** Instituto Dannemann Siemsen, 2007, n.p. Disponível em: https://ids.org.br/a-interface-entre-a-propriedade-intelectual-e-o-direito-antitruste/. Acesso em: 12 abr. 2021.

[8] WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - **WIPO. Patent Pools and Antitrust - A Comparative Analysis.** 2014, p. 11. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_pools_report.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

*Licensing Intellectual Property* de 1995[9], documento elaborado pelo Departamento de Justiça (denominado em inglês como *Department of Justice*, *DOJ*) e pela Comissão Federal de Comércio (denominado em inglês como *Federal Trade Commission*, *FTC*) dos Estados Unidos da América, afirma-se que a restrição em acordos de licenciamento de patentes pode prejudicar a concorrência de tal forma, se, por exemplo, facilitar a divisão do mercado, gerar a fixação de preços ou reduzir os bens produzidos.[10]

A presente pesquisa está sustentada no fato de que cláusulas restritivas em acordos de licenciamento podem gerar preocupações concorrenciais, uma vez que são considerados: o poder de mercado dos agentes econômicos, a estrutura do mercado e as qualidades intrínsecas dos bens licenciados. Reconhece-se a possibilidade de esquemas colusivos entre concorrentes poderem se disfarçar por meio de cláusulas de exclusividade, com o intuito de promover, essencialmente, a fixação de preços, o controle de bens ofertados e a divisão dos mercados. Acrescenta-se que tais disposições contratuais também podem propiciar o aumento do mercado no qual a tecnologia licenciada está inserida, a diminuição dos mercados a jusante e o aumento de custo dos concorrentes.[11]

Demonstra-se que, geralmente, o licenciamento de *pool* de patentes é lícito e benéfico para a competição nos mercados, uma vez que tem o condão de gerar a redução dos preços para os consumidores. No entanto, o licenciamento exclusivo de *pool* de patentes pode provocar a atuação do Direito Antitruste, principalmente quando a adoção de cláusulas de exclusividade ou quando a recusa de licenciamento objetivarem a divisão do mercado, a redução da oferta ou o direcionamento estratégico de grupos de clientes, provocando o aumento do risco de efeitos semelhantes ao dos cartéis.

---

[9] Essas diretrizes sofreram atualizações em 2017, no entanto, permanecem as preocupações concorrenciais em acordos de licenciamento de patentes nos mesmos termos das diretrizes fixadas em 1995 (Id., 2017, p. 8).

[10] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property.** 1995, p. 7. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/0558.pdf. Acesso em: 09 abr. 2021.

[11] LILLA, Paulo Eduardo de Campos. **Direitos de propriedade intelectual e o controle das práticas restritivas da concorrência à luz do Acordo TRIPS/OMC.** Orientadora: Maristela Basso. 2013, p. 135. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Comparado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional e Comparado, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-02122016-094148/publico/Tese_Doutorado_PI_e_Antitruste_Paulo_Eduardo_de_Campos_Lilla_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

O presente artigo contribui com a literatura sobre a relação entre Direito da Concorrência e Direito da Propriedade Intelectual por demonstrar que ambos visam à proteção da coletividade e à promoção do bem-estar da sociedade[12] e que, a despeito de a livre concorrência e a propriedade intelectual, via de regra, se interpenetrarem e se complementarem, o exercício abusivo de um Direito de Propriedade Intelectual pode ser ilegítimo e caracterizar um ilícito anticoncorrencial, sujeito ao controle antitruste.[13]

Explica-se. O Direito à Propriedade Industrial está previsto no rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição da República (CRFB/1988), inciso XXIX, o qual determina que a legislação garantirá aos autores de inventos industriais vantagem temporária para sua utilização, assim como "proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País".[14] A propriedade intelectual deve ser analisada sob seu aspecto social, em harmonia com outros comandos constitucionais, como aqueles insculpidos nos artigos 218, § 2º, e 219 da CRFB/1988, que promovem o desenvolvimento econômico pátrio, o bem-estar coletivo e a independência tecnológica,

[12] TERNG, op cit., p. 38.

[13] COSTA, Jéssica Coelho. Propriedade intelectual e direito da concorrência: Análise da aplicação da state action doctrine a partir do julgamento do caso ANFAPE. Revista de Defesa da Concorrência,v. 8, n. 1, 2020, p. 181. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/429. Acesso em: 20 abr. 2021. No mesmo sentido: "a oposição - aparentemente inconciliável - que frequentemente se verificou entre estes dois campos caminha hoje para uma aplicação conjunta de seus princípios, entendidos como 'componentes complementares de uma política industrial moderna'. Este percurso de harmonização exige das autoridades de defesa da concorrência uma adequação dos conceitos teóricos fundamentais do direito antitruste às especificidades do direito da propriedade intelectual" (BERCOVICI, Gilberto. A proteção Constitucional da Propriedade Industrial e as Políticas de Defesa da Concorrência e de Inovação Tecnológica. In: CLEVE, Clemerson; Freire, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 453). Ainda sobre o tema: "a defesa da propriedade intelectual cria um – falso – paradoxo com o direito concorrencial: ao criar o direito à exclusividade, a propriedade intelectual elimina a concorrência, ainda que em nome do bem-estar social. Mas, a bem da verdade, a relação entre os dois sistemas não é necessariamente de conflito. (...) Assim, o falso paradoxo é superado quando se analisa a relação dos dois sistemas da seguinte forma: a propriedade intelectual, garantindo a exclusividade de exploração de determinado produto, acirra a competição por novos inventos, promovendo o desenvolvimento econômico." (RODRIGUES, Eduardo Henrique Kruel. **O direito antitruste na economia digital: implicações concorrenciais do acesso a dado**s. Orientadora: Ana de Oliveira Frazão. 2016. p. 54-55. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/20530. Acesso em 11 mai. 2021).

[14] Vide art. 5º, inc. XXIX, da CRFB/1988 (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.).

cabendo ao detentor do direito de exclusividade oriundo de uma patente exercer suas atividades de modo a respeitar o interesse público.[15]

Em um primeiro momento, poder-se-ia imaginar que o Direito à Propriedade Intelectual seria antagônico à livre-concorrência, assegurada pelo art. 173, § 4º, da CRFB/1988.[16] Entretanto, sob uma interpretação sistemática da CRFB/1988, verifica-se que há uma congruência de objetivos entre seus artigos 5º e 173, pois a proteção à propriedade intelectual apenas é justificada por estimular o desenvolvimento tecnológico e econômico, objetivo também almejado pelo Direito Antitruste.[17]

Partindo-se dessas premissas, a justificativa do presente artigo é respaldada na preocupação com as condutas restritivas em acordos de licenciamento de direitos patentários à época das negociações do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPs, denominado em inglês como *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*). Ao fortalecer a proteção da propriedade intelectual, os países em desenvolvimento temiam o crescimento do número de práticas restritivas à concorrência, o prejuízo ao comércio e à transferência de tecnologia a nível mundial.[18]

Com o intuito de verificar a hipótese, o artigo foi dividido em tópicos para sua melhor compreensão. O Capítulo 2 trata da condição de exclusividade imposta aos acordos de licenciamento de *pools* de patentes e do modo que essa prática pode configurar-se como conduta unilateral, prejudicando a concorrência. Em seguida, o Capítulo 3 aborda os tipos das relações

---

[15] TERNG, Op. cit., p. 20.

[16] In verbis: "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.".

[17] ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). **Desafios Atuais do Direito da Concorrência.** São Paulo: Singular, 2008, p. 174-175. Sobre o assunto, Calixto Salomão Filho leciona que: "[v]istos como forma de proteger e estimular os investimentos em tecnologia e as inversões na construção da reputação de um determinado produto, os privilégios consistentes nas patentes e nas marcas, respectivamente, ganham uma distinta conotação concorrencial, no sentido publicístico. Passam a ser formas de proteção da instituição "concorrência" e do acesso a conhecimento e informação por parte dos consumidores." (SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. In: **Revista CEJ, Brasília**, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006, p. 18. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/211921516.pdf. Acesso em: 23 abr. 2021).

[18] LILLA, Op. cit., p. 86.

entre os membros do *pool* e os possíveis impactos concorrenciais delas provenientes, e demonstra como uma recusa coletiva de licenciamento é capaz de configurar-se como conduta coordenada entre agentes que visa ao conluio. O Capítulo 4, por sua vez, trata dos efeitos relacionados aos *pools* de patentes, em especial, aqueles derivados da cláusula *one-stop shopping*, além de possíveis formas de análise das condutas colusivas perpetradas. Ao final, são apresentadas as conclusões.

## 2. *Pool* de patentes e condutas unilaterais: A imposição de cláusulas de exclusividade

*Pools* de patentes são contratos patrimoniais privados em que titulares de uma patente transferem seus direitos para uma *holding* com o propósito de licenciar de maneira conjunta seus portfólios, entre si ou entre terceiros. Desse modo, tais direitos de propriedade intelectual são concentrados em uma entidade central e independente, e as receitas advindas do licenciamento são divididas entre os agentes participantes.[19] A remuneração dentro do arranjo se dá mediante o pagamento dos *royalties*, que podem estar atrelados à quantidade de unidade comercializada ou à receita líquida dos ganhos.[20]

A primeira parte deste artigo trata exclusivamente da ocorrência de condutas unilaterais anticoncorrenciais nesses contratos. Inicialmente, realiza-se uma exposição acerca da potencialidade danosa dos contratos de licenciamento exclusivos de *pool* de patentes (2.1.). Em seguida, são descritas as soluções encontradas para o combate aos efeitos negativos desse comportamento (2.2.).

### 2.1. Exclusividade nos contratos de licenciamento de patentes: Efeitos lesivos e regras de análise

O licenciamento de um *pool* de patentes, via de regra, é benéfico, lícito e pró-competitivo[21]. Ao proporcionar a exploração do direito de patente utilizando o *pool*, criam-se relações entre licenciantes e licenciados capazes de aumentar o volume de bens e serviços

[19] CARLSON, Op. cit., p. 367-368.
[20] LILLA, Op. cit., p. 133.
[21] TERNG, Op. cit., p. 33.

ofertados a preços mais atrativos, beneficiando os consumidores.[22] O aumento da oferta e a diminuição de preços estão atrelados ao fato de o *pool* conseguir reduzir custos de transação, desfazer bloqueios e evitar o custo de litigância sobre direitos de propriedade.[23] Acrescenta-se que o acordo evita o problema das *blocking patents*[24] e facilita o desenvolvimento de tecnologias de forma mais célere, o que, por sua vez, promove efeitos de rede positivos, distribui riscos entre os membros do *pool* e viabiliza o sucesso de empresas menores.[25]

No entanto, quando a exclusividade permeia os acordos de licenciamento do *pool* de patentes, gera-se a possibilidade de criação de preocupações concorrenciais. A intervenção das agências antitruste se dá quando há facilidade em fixar preços, dividir o mercado, restringir o comércio do produto[26], eliminar a concorrência entre bens rivais e, consequentemente, facilitar a colusão.[27] São considerados como agravantes o poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos, a estrutura do mercado e as particularidades das tecnologias licenciadas.[28]

Cabe ressaltar que a *World Intellectual Property Organization* (WIPO) - em português, Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) - entende que os acordos de licenciamento não deveriam conter mais restrições, uma vez que as leis sobre propriedade intelectual já causam uma restrição no processo competitivo ao concederem direitos exclusivos.[29]

O Acordo *Trade-Related Intellectual Property Rights* (TRIPs) - em português, Acordo sobre Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - reflete essa preocupação, em seu artigo 40, incisos 1 e 2, ao tratar do controle de práticas de concorrência desleal em contratos de licença. Embora não haja disposições específicas no texto,

---

[22] ANDRADE, Op. cit., n.p.

[23] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Op. cit., p. 28. (Id., 2017, p. 30).

[24] Na tradução, "patentes bloqueantes", são aquelas que podem ser encontradas em inovações incrementais, nas quais um agente adquire uma patente diante de uma melhoria ou de uma variação quanto à primeira invenção ou à patente anterior (TERNG, Op. cit., p. 44). Tal assunto será abordado com maior profundidade no subtópico 3.1. do presente artigo.

[25] CARLSON, Op. cit., p. 379-382.

[26] HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust and the Patent System: A Reexamination. **Ohio State Law Journal**, v. 76, n. 3, 2015, p. 531. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/159569227.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

[27] TERNG, Op. cit., p. 104.

[28] LILLA, Op. cit., p. 98.

[29] WIPO, Op. cit., p. 10.

os incisos abarcam comportamentos abusivos em sede de tais contratos, como licença casada, cláusulas de exclusividade, restrições territoriais, dentre outras.[30] Assim, conclui-se que a exclusividade presente em acordos de licenciamento de propriedade intelectual pode gerar problemas concorrenciais reconhecidos pelos membros do Acordo TRIPs.

Nessa perspectiva, as cláusulas de exclusividades podem ser definidas como "disposições contratuais por meio das quais agentes econômicos assumem obrigações de contratar com outro agente e/ou de deixar de contratar com outros, para determinado bem ou serviço, em determinada área territorial e por certo período de tempo".[31]

Essas disposições podem pairar sobre definições de territórios, de grupos de consumidores ou de área de aplicação técnica[32], restringindo o direito de licenciamento de prover licenças a outros agentes econômicos.[33]

A doutrina europeia distingue as licenças em exclusiva e única. A primeira é caracterizada pelo fato de o licenciado ser o único com autorização para produzir bens baseados na tecnologia licenciada. Já a segunda refere-se à impossibilidade de o licenciante conferir licenças adicionais a terceiros. As licenças únicas podem ser isentas do *enforcement* antitruste, caso o *market share*[34] das empresas envolvidas não ultrapasse 20% (vinte por cento) do mercado relevante. Uma vez ultrapassado esse patamar, as Diretrizes Europeias de 2004 alertam para a possibilidade de facilitação de colusão.[35]

A facilidade em permitir uma colusão é o motivo pelo qual as licenças exclusivas devem ser tratadas com cautela. Como os acordos são pactuados entre os agentes econômicos concorrentes dentro do mesmo mercado, há possibilidade de troca de informações de natureza

---

[30] LILLA, Op. cit., p. 101.
[31] TERNG, Op. cit., p. 109-110.
[32] LILLA, Op. cit., p. 155-156.
[33] ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. **Condições para a caracterização de infrações contra a ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual no Brasil**. Orientador: José Roberto D'Affonseca Gusmão. 2018, p. 83. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2018. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21792/2/Joyce%20Ruiz%20Rodrigues%20Alves.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.
[34] Market share pode ser definido como a parcela do mercado relevante controlada por determinado agente econômico (FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 28).
[35] LILLA, Op. cit., p. 159-160.

sensível[36] e, consequentemente, de ocorrência de esquemas de divisão de mercado entre os agentes licenciados ou entre os licenciados e o licenciante.[37]

Como visto, a exclusividade pode pairar sobre determinado espaço-tempo, grupo de clientes ou área técnica, gerando maiores preocupações quando os agentes econômicos envolvidos se encontram em uma relação horizontal (i.e, entre concorrentes). Nesses casos, são gerados os mesmos efeitos que a divisão de mercados.[38]

No *Antitrust Guidelines for the Licensing Intellectual Property* de 1995 foi demonstrado que a relação horizontal entre os licenciados e licenciantes permite o fechamento de acesso a outros concorrentes, aumenta o custo dos competidores e facilita a coordenação de preços.[39] Além do arranjo horizontal entre os agentes, são condições para que a exclusividade de um *pool* de patentes produza efeitos lesivos: a impossibilidade de os concorrentes competirem efetivamente no mercado relevante do bem com a tecnologia licenciada e o poder de mercado dos participantes do *pool*, quando tratados em conjunto.[40]

Por sua vez, as Diretrizes Europeias - no documento intitulado "Orientações Relativas à Aplicação do Artigo 81 do Tratado CE aos Acordos de Transferência de Tecnologia"[41] - estabelecem, em seu artigo 224, três critérios quanto à análise de restrições individuais: (i) em primeiro lugar, deve-se considerar que, quanto maior o poder de mercado dos membros do *pool*, maiores são os riscos de efeitos negativos à concorrência; (ii) os *pools* devem ser abertos e não discriminatórios, caso possuam relevância em determinado mercado; e (iii) por fim, os arranjos de patentes não devem limitar o surgimento de novos acordos de licenciamento e não devem impedir que tecnologias detidas por terceiros façam parte do *pool.*[42]

Os acordos exclusivos de licenciamento de tecnologias geram preocupações de ordens econômica e social. Quanto ao primeiro aspecto, como visto, há o aumento das chances

[36] TERNG, Op. cit., p. 110.
[37] LILLA, Op. cit., p. 157.
[38] ALVES, Op. cit., p. 84.
[39] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Op. cit., p. 19-20. Id., 2017, p. 21.
[40] IbidrmIdem., p. 28-29; CARLSON, Op. cit., p. 378.
[41] COMISSÃO EUROPEIA. Commission Notice: Guidelines on the Application of Article 81 of the EC Treaty to Technology Transfer Agreements (OJ C 101, 27.4.2004). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(01)&from=DE. Acesso em: 26 abr. 2021.
[42] IbidrmIdem, n.p.

de coordenação de preços, de diminuição de oferta de bens e serviços e de obtenção de poder de mercado.[43] Além disso, cresce a possibilidade de surgimento de novas barreiras à entrada em relação aos competidores. Quanto ao aspecto social, há a diminuição do incentivo ao desenvolvimento de novas tecnologias e a redução do processo inovativo.[44]

A análise da imposição de cláusulas de exclusividade em acordos de licenciamento de *pool* de patentes deve ser realizada por meio da regra da razão[45], uma vez que se configura como conduta unilateral passível de justificação de acordo com as estratégias dos competidores.[46] Essa constatação encontra respaldo no entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), segundo o qual problemas concorrenciais relacionados ao *pool* devem ser investigados sob a regra da razão, que impõe o estudo caso a caso, considerando os seguintes pontos: as características dos mercados relevantes, o posicionamento dos agentes envolvidos na conduta, os impactos da imposição de exclusividade e o poder de mercado das partes licenciantes.[47]

A atuação do CADE na questão proposta encontra-se respaldada pelo art. 36 da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011[48], que, diferentemente das leis antitruste dos Estados Unidos e da Europa, abarca tanto as condutas unilaterais relacionadas a acordos anticompetitivos quanto as condutas exclusionárias marcadas pela abusividade. Dentre os comportamentos exemplificados nos incisos do art. 36, § 3º, da Lei, encontram relação com o tema proposto os incisos V, VIII, XIV e XIX, os quais dispõem sobre, respectivamente: o impedimento de acesso do concorrente à tecnologia; o estabelecimento de acordos para limitação e controle de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; a proibição ou o embaraço da

[43] ALVES, Op. cit., p. 82.
[44] TERNG, Op. cit., p. 111, 112 e 119.
[45] Para a utilização da regra da razão deve-se analisar, em um primeiro momento, se a restrição imposta é capaz de produzir efeitos anticoncorrenciais sobre determinado mercado e, caso a resposta seja afirmativa, deve-se indagar, em um segundo momento, se os efeitos pró-competitivos oriundos de tal restrição são mais benéficos do que seus efeitos anticoncorrenciais (LILLA, Op. cit., p. 147).
[46] HOVENKAMP, Op. cit., p. 553.
[47] TERNG, Op. cit., p. 110-112 e 144.
[48] BRASIL. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei .137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

exploração de direitos de propriedade intelectual; e o exercício ou a exploração abusiva de direitos de propriedade intelectual.[49]

Segundo a WIPO, essencialmente, questiona-se em que medida o acordo de licenciamento com cláusulas de exclusividade eliminou a competição que teria ocorrido na ausência deste contrato. A resposta para tal pergunta exige o estudo de três fatores. Em primeiro lugar, deve-se considerar a dinamicidade dessa análise, pois acompanha o desenvolvimento tecnológico do setor envolvido. O segundo fator envolve as características do contrato de licenciamento, pois a licença deve ser mundial, não exclusiva e não discriminatória. Por fim, deve-se perquirir se o arranjo do *pool* de patentes aumenta o risco de colusão.[50]

Percebe-se, portanto, que as restrições aos acordos de licenciamento de patentes são estudadas a partir da ponderação de efeitos pró e anticompetitivos. Todavia, é imperioso pontuar que essa abordagem, oriunda das experiências norte-americana e europeia, é orientada pela inovação e é abraçada pelos países desenvolvidos, em detrimento da abordagem baseada na transferência de tecnologia, a qual possui preferência nos países em desenvolvimento.[51]

Cabe ressaltar que, apesar da aplicação da regra da razão, em detrimento da regra *per se* para a investigação da ilicitude do comportamento, a análise do comportamento pode ser abreviada caso haja de forma clara e expressa uma conduta abusiva sendo acobertada.[52] Esse apontamento será essencial para a compreensão dos atos colusivos nos *pools* de patentes.

## 2.2. A preocupação com a razoabilidade nos contratos de licenciamento de patentes

Reconhecido o potencial lesivo da fixação de cláusulas de exclusividade em acordos de licenciamento de patentes, resta investigar as soluções encontradas para o combate a esse comportamento. Neste subtópico, são expostos mecanismos de imposição de razoabilidade a esses contratos. Tais ferramentas encontram respaldo nas doutrinas e nas jurisprudências europeia e norte-americana.

---

[49] LILLA, Op. cit., p. 255-256.
[50] WIPO, Op. cit., p. 10, 17 e 18.
[51] LILLA, Op. cit., p. 317-318.
[52] ANDEWELT, Roger Barry. Analysis of Patent Pools under the Antitrust Laws. **Antitrust Law Journal**, v. 53, n. 4, 1984, p. 619.

As Diretrizes Europeias relativas à aplicação do artigo 81 do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia[53], em seu artigo 226, estabelecem que os *royalties* e os termos das licenças de um *pool* em posição dominante devem ser justos e não discriminatórios. Ademais, também determinam que as licenças devem ser não exclusivas, ou seja, a tecnologia disposta no acordo pode ser licenciada de forma independente para outros agentes econômicos.[54] Esses requisitos são necessários para assegurar que o *pool* seja aberto e não leve ao fechamento ou a outros efeitos anticompetitivos do mercado a jusante.[55]

O Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em suas *business letters*, afirma que os *royalties* dos acordos de licenciamento devem ser fixados de maneira razoável e que suas cláusulas não devem ser exclusivas e discriminatórias. Além disso, as patentes devem estar disponíveis mundialmente para licenciamento.[56] A imposição do licenciamento de tecnologias agrupadas a todos os agentes licenciados potenciais nesses termos deu origem às condições FRAND (acrônimo em inglês para *fair, reasonable and non-discriminatory terms*; na tradução, "condições justas, razoáveis e não-discriminatórias).

No entanto, as condições FRAND endereçam apenas uma parcela das licenças, pois abarcam apenas as tecnologias reconhecidas como patentes de padrões essenciais, denominadas em inglês como *standard-essential patents*. Nesse sentido, o titular do direito de patente promete licenciar sobre termos justos, razoáveis e não discriminatórios, desde que a tecnologia patenteada faça parte de um padrão da indústria.[57]

O ordenamento jurídico brasileiro conta com a licença compulsória como penalidade imposta aos agentes econômicos que cometem infração à ordem econômica relacionada ao uso de direitos de propriedade intelectual. O art. 38, inc. IV, "a", da Lei 12.529/2011 prevê a possibilidade de concessão de licença compulsória a quaisquer direitos de propriedade intelectual. Já a Lei 9.279/1996[58], em seus arts. 68 a 74, prevê a licença

[53] COMISSÃO EUROPEIA, Op. cit., n.p.
[54] TERNG, Op. cit., p. 153.
[55] LILLA, Op. cit., p. 191.
[56] WIPO, Op. cit., p. 6-7.
[57] HOVENKAMP, Op. cit., p. 554.
[58] BRASIL. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

compulsória apenas para as patentes. Nesse sentido, nota-se, além da ausência de previsão de forma expressa desse remédio para outros direitos de propriedade industrial, a sua eficácia limitada.[59]

Desse modo, percebe-se a insuficiência dos remédios mencionados para a coibição de condutas unilaterais, consistentes na imposição de cláusulas de exclusividade nos contratos de licenciamento de *pool* de patentes, razão pela qual as presentes conclusões darão seguimento às investigações de condutas colusivas em *pools* de patentes.

## 3. *Pool* de patentes e condutas colusivas

A segunda parte deste artigo visa a demonstrar como uma recusa coletiva de licenciamento de patentes poderia ser considerada uma conduta colusiva. Para tal, inicialmente, são conceituadas as relações jurídicas horizontais e verticais à luz da propriedade intelectual, bem como é feita a distinção entre patentes concorrentes, complementares, essenciais e não-essenciais, realizando-se, em seguida, uma exposição sobre como práticas restritivas coletivas, no âmbito de *pool* de patentes e de licenças cruzadas, podem produzir efeitos anticoncorrenciais (3.1.). Por fim, busca-se demonstrar como licenças de direitos de propriedade intelectual podem ser utilizadas para mascarar acordos horizontais de fixação de preços e/ou dividir mercados entre competidores, de modo a restringir a concorrência, especialmente quando esses acordos são formados para promover a efetivação de práticas colusivas entre seus participantes (3.2.).

### 3.1. Breves noções sobre acordos horizontais e verticais entre agentes econômicos e análise de potenciais práticas colusivas praticadas em *pools* de patentes e em licenciamentos cruzados

A legislação antitruste regulamenta os acordos[60] firmados entre agentes econômicos, por serem capazes de acarretar condições monopolísticas aos seus participantes e de reduzir as oportunidades negociais dos não participantes, de modo a impactar a concorrência

[59] LILLA, Op. cit., p. 260-262.

[60] A palavra "acordos" foi utilizada neste artigo como sinônimo da palavra "atos" presente no caput do artigo 36 da Lei 12.529/2011 - "[c]onstituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os **atos** sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:" (grifos aditados) -, ou seja, no sentido amplo de uma prática combinada entre agentes econômicos.

dentro do mercado no qual se inserem.[61] Esses acordos capazes de restringir a concorrência podem ser divididos entre verticais e horizontais.[62]

Acordos de licenciamento serão verticais caso afetem atividades complementares[63], abarcando relações entre agentes econômicos cujas atividades ocorrem em mercados relevantes distintos.[64]

Por outro lado, os acordos **horizontais** são "celebrados entre agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência".[65] Destarte, a relação entre licenciante e licenciados será horizontal quando ambos seriam concorrentes reais ou potenciais, dentro de seu mercado, caso não houvesse a licença, ou mesmo se houver a existência simultânea de um acordo vertical.[66]

Para a análise antitruste de *pools* de patentes, é necessário determinar, em um primeiro momento, se a natureza da relação jurídica entre as partes é horizontal (quando ocorre entre participantes concorrentes), vertical (quando ocorre entre participantes não concorrentes), ou se possui aspectos substanciais de ambos[67], bem como definir o mercado relevante afetado, para então, em um segundo momento, avaliar-se os efeitos oriundos de eventuais práticas restritivas concorrenciais.[68]

A fim de determinar-se o caráter horizontal ou vertical das relações entre os membros do *pool* de patentes, com a averiguação da existência de condutas colusivas, faz-se

[61] FORGIONI, Op. cit., p. 347-348; LILLA, Op. cit., p. 138.
[62] IbidrmIdem, p. 348.
[63] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property.** 2017, p. 14 Disponível em: https://www.justice.gov/archives/opa/blog-entry/file/925906/download. Acesso em: 12 mai. 2021.
[64] FORGIONI, Op. cit., p. 348. Acordos são verticais quando, por exemplo, "the licensor's primary line of business may be in research and development, and the licensees, as manufacturers, may be buying the rights to use technology developed by the licensor. Alternatively, the licensor may be a component manufacturer owning intellectual property rights in a product that the licensee manufactures by combining the component with other inputs, or the licensor may manufacture the product, and the licensees may operate primarily in distribution and marketing." (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Op. cit., p. 14.).
[65] FORGIONI, Op. cit., p. 348.
[66] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Op. cit., p. 14.
[67] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Op. cit., p. 14.
[68] LILLA, Op. cit., p. 138.

necessário distinguir as patentes em quatro categorias (complementares, substitutas, essenciais e não-essenciais), importantes para a análise do impacto sobre a concorrência.[69]

**Patentes complementares** são aquelas utilizadas de forma conjunta para produzir determinado bem.[70] Essas patentes não são concorrentes entre si[71] e, ao cobrirem tecnologias distintas, permitem que o uso de uma torne a outra mais valiosa.[72] *Pools* de patentes fazem parte de um mercado de tecnologias complexas, cuja utilização de patentes complementares é necessária para o fornecimento de soluções técnicas eficientes.[73] O compartilhamento tecnológico de um *pool* de patentes complementares é capaz de trazer melhorias à qualidade e à variedade do produto, pois os licenciados podem utilizar todas as patentes do *pool* em seus produtos, ao invés de cada fabricante apenas poder incorporar suas próprias patentes.[74]

Já as **patentes substitutas**, também chamadas de **concorrentes**, são aquelas que recaem sobre produtos ou processos que competem entre si em determinado mercado.[75] Ou seja, ocorrem quando duas ou mais patentes englobam tecnologias concorrentes entre si, sendo opção do licenciante escolher por qual das alternativas viáveis optar.[76] Essas patentes são vistas como intercambiáveis entre si pelos agentes licenciados[77] e, via de regra, não deveriam estar agregadas em um mesmo *pool*, por poderem ocasionar práticas anticoncorrenciais.[78] Todavia, conforme será visto adiante, *pools* de patentes substitutas/concorrentes não implicam, por si só, a ocorrência de condutas colusivas.

---

[69] WIPO, Op. cit., p. 4.
[70] WIPO, Op. cit., p. 4.
[71] TERNG, Op. cit., p. 42-43.
[72] ANDEWELT, Op. cit., p. 613.
[73] WIPO, Op. cit., p. 3.
[74] HOVENKAMP, Erik; HOVENKAMP, Hebert J. Patent Pools and Related Technology Sharing. **University of Pennsylvania Carey Law School, Faculty Scholarship at Penn Law,** 1766, 2017, p. 1. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1766. Acesso em: 26 mar. 2021.
[75] CARLSON, Op. cit., p. 365.
[76] Ainda discorrendo sobre o assunto, Vivian Terng esclarece que: "[p]ortanto, a depender da forma de interação tecnológica existente entre determinadas patentes, elas podem ser classificadas como concorrentes ou não concorrentes, sendo as primeiras vistas como patentes substitutas, ao passo que as patentes não concorrentes poderiam ser subdivididas entre complementares, bloqueantes (em inglês, blocking patents) ou, ainda, independentes." (TERNG, Op. cit., p. 42).
[77] ANDEWELT, Op. cit., p. 613.
[78] WIPO, Op. cit., p. 4.

Acordos de licenciamento de patentes complementares (verticais), geralmente, são considerados pró-competitivos[79], tanto na jurisdição europeia, quanto na norte-americana.[80] Por outro lado, acordos de licenciamento formados entre patentes concorrentes (horizontais) requerem uma maior atenção das autoridades concorrenciais europeias e norte-americana, em razão de seus potenciais impactos anticoncorrenciais sobre o mercado em questão[81], pois "podem aumentar os riscos de fixação coordenada de preços, restrições na produção, aquisição ou manutenção de poder de mercado, ou ainda retardamento ou restrição do desenvolvimento de novos produtos ou tecnologias"[82], a depender do nível de concentração do mercado relevante, da criação de empecilhos à entrada de concorrentes e do grau de elasticidade da oferta e da demanda.[83]

Nesse sentido, as autoridades antitruste devem estar atentas aos potenciais danos concorrenciais causados pelos *pools* de patentes substitutas (concorrentes), pois, como englobam diferentes searas de uma mesma tecnologia, podem causar danos maiores do que *pools* de patentes complementares.[84]

Cumpre ressaltar, todavia, que a mera existência de uma relação horizontal (patentes concorrentes/substitutas) entre o licenciante e os licenciados não caracteriza, por si

---

[79] Nesse sentido, Ana Frazão adverte quanto à utilização de pool de patentes não complementares, em razão de potencial risco à concorrência, já que pode ser utilizado, tão somente, com o objetivo de implementação de uma prática colusiva entre detentores de patentes concorrentes (FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 414).

[80] WIPO, Op. cit., p. 4; LILLA, Op. cit., p. 138.

[81] LILLA, Op. cit., p. 138. Isso ocorre, por exemplo, quando: "[a] restraint in a licensing arrangement may harm such competition, for example, if it facilitates market division or price-fixing. In addition, license restrictions with respect to one market may harm such competition in another market by anticompetitively foreclosing access to, or significantly raising the price of, an important input, or by facilitating coordination to increase price or reduce output. When it appears that such competition may be adversely affected, the Agencies will follow the analysis set forth below" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Op. cit., p. 8).

[82] LILLA, Op. cit., p. 148.

[83] IbidrmIdem., p. 148. Da mesma forma: "[p]or exemplo, um pool patentário passa a ser suspeito quando envolve patentes que cobrem tecnologias não complementares. Imaginemos um pool formado por três grandes empresas do setor de microscópios. (...) imagina-se que estas três grandes empresas também concorram no segmento de lentes utilizadas na indústria óptica. As três possuem patentes que não se bloqueiam protegendo as tecnologias das máquinas utilizadas na produção das lentes e incluem tais patentes no mesmo pool, fixando o preço das lentes. Neste caso, estar-se-ia diante de uma prática anticompetitiva porque as empresas utilizaram-se do pool para eliminar a concorrência no mercado de lentes, equiparando preços de produtos não complementares e que já eram capazes de satisfazer as mesmas necessidades do público consumidor. Portanto, a menos que as empresas consigam provar alguma eficiência pró-competitiva resultante da licença do segundo grupo de patentes, sua conduta muito provavelmente seria considerada uma infração antitruste." (ANDRADE, op.cit., n.p).

[84] TERNG, Op. cit., p. 105.

só, a anticompetitividade do *pool*, sendo apenas um auxílio na indicação de uma possível existência de efeitos anticompetitivos oriundos de acordos de licenciamento, de modo que esta relação não necessariamente enseja condutas colusivas.[85] Outrossim, uma relação vertical (entre patentes complementares/não concorrentes), não assegura, necessariamente, a inexistência de efeitos anticoncorrenciais, os quais podem ocorrer, por exemplo, quando[86]:

> A bundle can sometimes violate the antitrust laws if the licensee wants complementary technology, but from a different seller. Suppose that a *pool* includes patents A and B, which are complements. However, an outside patentee has also created patented technology B', which performs the same function as B. In this case the *pool* can exclude B' separately, but his incentive is lessened to the extent that the *pool* license already covers B. If effectively forces the licensor of B' to compete with a price of zero. **In this case, even the *pool*ing of complementary patents can cause competitive harm.** (grifos aditados).

Assim, práticas de restrição concorrencial em acordos de licenciamento de relações verticais possuem o potencial de ocasionar o fechamento do mercado relevante caso impeçam ou dificultem que concorrentes adquiram insumos importantes, bem como de colaborar para a prática de condutas coordenadas entre concorrentes pelo estabelecimento de preços ou pela diminuição da produção.[87]

Por conseguinte, verifica-se que a premissa geral de acordos verticais serem, a princípio, pró-competitivos e de acordos horizontais terem potencial para a prática de condutas colusivas não é rígida, devendo a análise concorrencial do *pool* ser feita caso a caso.

Ainda sobre as classificações das patentes, estas serão classificadas como **essenciais** quando imprescindíveis à produção de uma mercadoria ou de um processo, sendo cruciais à elaboração de uma tecnologia, por inexistir outra patente alternativa que possa

[85] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Op. cit., p. 15.
[86] HOVENKAMP, E.; HOVENKAMP, H. J. Op. cit., p. 5.
[87] LILLA, Op. cit., p. 148-149.

substituí-las.[88] *Pools* de patentes essenciais são capazes de fomentar a competição por permitirem que múltiplas empresas tenham acesso à inovação tecnológica em questão.[89] Cabe ressaltar que, enquanto patentes essenciais serão sempre complementares[90], nem todas as patentes complementares serão necessariamente enquadradas como essenciais.[91]

As patentes essenciais podem ocasionar circunstâncias de bloqueio (***blocking patents***) se duas ou mais patentes incidirem sobre a mesma invenção[92] e os detentores desse Direito de Propriedade Industrial buscarem obstar a entrada de novos concorrentes, dentro do mercado no qual estão inseridos, "por meio, respectivamente, da compra sistemática de todas as novas patentes e sua não-utilização ou então, pedindo patentes para todas possíveis alternativas a serem utilizadas pelos concorrentes".[93] Tal prática é extremamente nociva à sociedade, pois a tecnologia patenteada trata-se de uma invenção importante, que não é licenciada e tampouco é explorada pelo seu detentor, o qual visa, tão somente, a coibir a exploração por terceiros.[94] Em suma, as patentes de bloqueio não são introduzidas no mercado em questão, seja como processo, seja como produto, tampouco são licenciadas: a intenção de seu titular é apenas bloquear a entrada de competidores.[95]

A excessividade de patentes sobre uma mesma tecnologia enseja o ***patent thicket***, caracterizado como um emaranhado de direitos de patentes sobrepostos pelo qual uma empresa deve transcorrer a fim de conseguir comercializar uma nova tecnologia, ou seja, ocorre quando várias patentes se sobrepõem no desenvolvimento de um produto comercial e bloqueiam umas às outras.[96] Os *patent thickets* são prejudiciais à concorrência, na medida em que geram um

[88] TERNG, Op. cit., p. 43.
[89] HOVENKAMP, E.; HOVENKAMP, H. J. Op. cit., p. 1.
[90] WIPO, Op. cit., p. 5.
[91] TERNG, Op. cit., p. 44.
[92] IbidrmIdem, p. 44.
[93] SILVA, Denise Freitas**. Pools de Patentes: Impactos no Interesse Público e Interface com Problemas de Qualidade do Sistema de Patentes.** Orientador: Denis Borges Barbosa. 2012, p. 31. Tese (Doutorado em Ciências, Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, 2012. Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2012/Denise%20Freitas%20Silva.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.
[94] IbidrmIdem, p. 35.
[95] IbidrmIdem, p. 34.
[96] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. **Department of Justice; Federal Trade Commission. To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy**. 2003, p. 6. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/promote-innovation-proper-balance-competition-and-patent-law-and-policy/innovationrpt.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

acúmulo de *royalties*, insegurança jurídica, litígios onerosos e custos de transação proibitórios, podendo atuar como instrumentos para a fixação de preços, como obstáculos à entrada de concorrentes no mercado, bem como gerar a vinculação de patentes essenciais a patentes não essenciais, causar o acobertamento de patentes inválidas e a divisão de vendas dentro de um mercado relevante, dentre outras violações antitrustes.[97]

Por fim, as patentes serão **não-essenciais** quando houver patentes substitutas para a tecnologia em questão.[98]

*Pools* formados por patentes essenciais, em razão de estas serem sempre complementares, geralmente não geram preocupações concorrenciais[99], ao passo que *pools* de patentes não-essenciais são mais propensos à ocorrência de práticas anticompetitivas.[100] Por esse motivo, é importante que o *pool* seja formado apenas por patentes essenciais, a fim de se evitar o risco dos *free-riders* (caronas) por parte de empresas que apenas contribuem com patentes não-essenciais.[101]

Apesar da relevância das distinções das patentes em complementares, não complementares, essenciais e não-essenciais para a análise de práticas anticoncorrenciais no *pool*, deve-se considerar que esse instituto abarca tecnologias complexas, cuja categorização das patentes empregadas pode ser difícil, na prática, pois o avanço tecnológico pode tornar algumas patentes essenciais ao longo do tempo[102], ou fazer com que patentes passem a se bloquear em algumas situações, ainda que sejam majoritariamente substitutas, situação nas quais terão de ser utilizadas de forma conjunta.[103]

---

[97] SILVA, D. F.; ZIBETTI, F. W.; MELLO, M.T. Op. cit., p. 10.

[98] WIPO, Op. cit., p. 5.

[99] Acerca do assunto: "inclusion of complementary or essential patents in a patent pool is pro-competitive, but assembly of substitute or rival patents in a pool can eliminate competition and lead to elevated licensee fees." (CHOI, Jay Pil. Patent Pools and Cross-Licensing in the Shadow of Patent Litigation. **Michigan State University. Department of Economics**. 2003, p. 6. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=466062. Acesso em: 06 maio 2021).

[100] WIPO, Op. cit., p. 5.

[101] IbidrmIdem, p. 5.

[102] IbidrmIdem, p. 5.

[103] HOVENKAMP, E.; HOVENKAMP, H. J. Op. cit., p. 5. Nesse mesmo sentido: "[p]ode ocorrer que o licenciado para adquirir um pacote de patentes essenciais, acabe sendo levado a licenciar também patentes não-essenciais porque elas também estão inclusas no pacote de licenças do pool. No entanto isso caracterizaria uma prática típica, que pode ser considerada anticompetitiva (cf. previsão do art. 36, § 3º, XVIII da Lei 12.529/11)." (SILVA, D. F.; ZIBETTI, F. W.; MELLO, M. T. 2015, p. 23).

Nesse sentido, a problemática das ineficiências acarretadas pelas *blocking patents* e pelos *patent thickets* pode ser resolvida pela utilização de *pools* de patentes, conforme exposto ao longo deste tópico, bem como por meio de licenças cruzadas.[104]

As licenças cruzadas (*cross-licenses*), também denominadas como concessões recíprocas, por sua vez, ocorrem quando dois ou mais detentores de patentes acordam, por meio de um contrato, recíproca e simultaneamente, em compartilhar seus direitos patentários, de modo a aprimorar o emprego e a incorporação da propriedade intelectual, fomentando o incentivo à inovação, bem como à pesquisa e ao desenvolvimento.[105]

O emprego de *pools* de patentes ou de licenças cruzadas é capaz de solucionar o bloqueio de produção e de vendas de um produto decorrente da infração de direitos de patentes, pois possibilita a produção deste produto que estaria bloqueado, além de gerar uma redução da cobrança de *royalties* comparada às cobranças que seriam feitas individualmente por cada membro do acordo, de promover a inovação e a comercialização de novas tecnologias, de melhorar o bem-estar do consumidor e de aumentar os lucros das patentes.[106]

Apesar de as licenças cruzadas geralmente trazerem benefícios pró-competitivos, por promoverem a incorporação e a melhor exploração de patentes complementares, bem como a diminuição dos custos de transação[107], o rompimento de posições bloqueadoras e a redução de litígios[108], é necessário analisar situações nas quais patentes são colocadas de maneira estratégica nesses acordos, com o intuito de prejudicar a competição do mercado relevante, tal como ocorre quando as licenças-cruzadas abarcam direitos de patentes pendentes (*pending patents*) e são formadas com o propósito de compartilhar tecnologias complementares reivindicadas por inúmeras partes, fenômeno denominado *patent flooding*.[109]

---

[104] SHAPIRO, Carl. Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott. **Innovation Policy and the Economy**, Vol. 1, Cambridge, MIT Press, 2001, p. 122-123. Disponível em: https://www.nber.org/books-and-chapters/innovation-policy-and-economy-volume-1/navigating-patent-thicket-cross-licenses-patent-pools-and-standard-setting. Acesso em: 29. abr. 2021.

[105] TERNG, Op. cit., p. 46-47.

[106] SHAPIRO, Op. cit., p. 123-124.

[107] TERNG, Op. cit., p. 47.

[108] LILLA, Op. cit., p. 111.

[109] ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition, Patents and Innovation II. Policy Roundtables.** Paris, 2009, p. 8. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/45019987.pdf. Acesso em: 11 mai. 2021.

O *patent flooding* (na tradução, "inundação de patentes") caracteriza-se pela adoção de uma estratégia na qual uma empresa (*flooder*) dá entrada em inúmeros pedidos de patentes, abarcando modificações irrisórias e triviais de uma patente inicial, porém incremental, de uma tecnologia produzida por outra empresa concorrente (empresa-alvo), a fim de adquirir a proteção do direito de propriedade intelectual de tecnologias adjacentes às da empresa rival, obstando que esta seja capaz de utilizar suas patentes reivindicadas sem violar os direitos de propriedade intelectual do *flooder.*[110] Por conseguinte, o *flooder* e a empresa-alvo não são capazes de a utilizar a tecnologia das patentes reivindicadas sem infringir os direitos uns dos outros, de modo que o *flooder* inviabiliza que a empresa-alvo possa implementar melhorias em sua patente sem celebrar uma licença-cruzada com aquele.[111]

Esta prática visa, unicamente, à formação de *patent thickets* para dificultar que concorrentes explorem suas próprias tecnologias[112], ocasionando a inflação do contencioso com processos cada vez mais custosos e complicados, pois o *flooder* costuma ingressar ou ameaçar de ingressar no judiciário por violação ao seu direito de patentes para obter o pagamento de *royalties.*[113]

Assim, o *patent flooding* corrompe os objetivos do Direito de Propriedade Intelectual, na medida em que torna a utilização das patentes como um fim em si mesmo, prejudicando o ambiente competitivo e aumentando a judicialização de disputas de patentes.[114] Como consequência desse fenômeno, verifica-se, na prática, que inúmeros detentores de

[110] TERNG, Op. cit., p. 56-57. Ainda sobre o tema: "[t]hese include entry deterrence and patent flooding scenarios where a dominant firm files a large number of poor quality patent applications that are at the margins of the original company‘s patent, with the aim of either keeping a rival out of the market or forcing it to cross-license its valuable technology, often on a royalty free basis. These strategies depend on the fact that even weak pending patents can have powerful effects on competition. The victim will probably not have the time or resources to determine the validity of so many pending patents, and there is a very good chance that at least some fraction of them will be granted. Furthermore, the risk of infringing even a weak pending or granted patent can be extremely high because if its validity is upheld, the owner may obtain very substantial damages or injunctive relief." (OECD, Op. cit., p. 8).

[111] TERNG, Op. cit., p. 57.

[112] MELON, Elise. **Patents, Competition Law and Open Innovation: A Study Of "Global Patent Warming".** (Tese de Master of European Studies). College of Europe Bruges Campus, 2011-2012, p. 11. Disponível em: https://www.efpia.eu/media/25205/elise-melon-patents-competition-law-and-open-innovation-a-study-of-global-patent-warming.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

[113] Idem, p. 25.

[114] TERNG, Op. cit., p. 58.

patentes buscam negociar diretamente licenças, cujos portfólios são mais propensos à violação, ao invés de arriscarem se envolver em um litígio.[115]

Por todo o exposto, as licenças-cruzadas, assim como os *pools* de patentes, via de regra, geram benefícios concorrenciais. Todavia, esses acordos podem atuar como mecanismos de estabelecimento de preços e de fragmentação do mercado relevante entre empresas concorrentes, motivo pelo qual, do ponto de vista antitruste, é ideal que haja a isenção da cobrança de *royalties* entre os membros do acordo ou a imposição recíproca de *royalties* baseados em uma soma fixa.[116]

### 3.2. Análise de potenciais práticas colusivas de recusa de licenciamento

Caso os agentes econômicos envolvidos no *pool* de patentes detenham poder de monopólio[117], a recusa total em licenciar pode constituir um ilícito antitruste, sobretudo diante de uma ação coordenada ou se as tecnologias empregadas configurarem um padrão industrial.[118] Participantes de um *pool* podem conspirar uma monopolização caso recusem o licenciamento de terceiros com o propósito de excluí-los do acordo.[119]

A princípio, *pools* de patentes não precisam ser abertos a todos, mas a recusa coletiva em excluir terceiros de um *pool* ou de uma licença-cruzada, quando seus membros possuírem poder de mercado, é capaz de prejudicar a competição[120]. Assim, a recusa coletiva de licenciamento é mais propensa a ser caracterizada como uma violação concorrencial por facilitar a colusão horizontal.[121]

Observa-se que o parágrafo 143 do Documento elaborado pela Comissão Europeia estabelece algumas condições para ocorrência da colusão, quais sejam: (i) concordância sobre

---

[115] MELON, Op. cit., p. 25.
[116] LILLA, Op. cit., p. 181.
[117] O poder de monopólio pode ser definido como a capacidade de coordenar preços ou de elidir competidores dentro de um determinado mercado relevante (KLITZKE, Ramon A. Refusal to License: Monopolization Problems for Patent Owners. **Oregon Law Review**, v. 65, 1986, p. 747. Disponível em: https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1141&context=facpub. Acesso em: 07 maio 2021.)
[118] OECD, Op. cit., p. 40.
[119] KLITZKE, op. cit, p. 746.
[120] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. op. cit,, p. 31.
[121] WU, Weimin. Managing Cartels Through Patent Pools. **The Antitrust Bulletin**, v. 64, n. 3, 2019, p. 468.

interesse comum e sobre ferramentas de controle, (ii) mecanismos para empresas controlarem comportamento de mercado umas das outras, (iii) elementos dissuasivos para bloquear desvios de políticas comuns, (iv) existência de obstáculos à entrada.[122]

A recusa de licenciamento vai além da imposição de cláusulas de exclusividade, pois efetivamente "fecha" o cartel. O *pool* de patentes é um candidato ideal a "gerente de cartel" (*cartel manager*), na medida em que pode atuar como um facilitador de condutas colusivas em mercados *dowstream*, agravando a relação licenciante-licenciado, por ser capaz de impor restrições verticais por meio de licenças de patentes para reduzir a competição horizontal entre os *players* do cartel.[123]

A violação à legislação antitruste, nos casos de recusa coletiva de licenciamento, ocorre quando o poder de monopólio dos agentes do *pool* é utilizado para reduzir a oportunidade do agente excluído no processo competitivo.[124] Uma recusa unilateral de licenciamento não será caracterizada, por si só, como uma conduta anticompetitiva, mas uma recusa coletiva de licenciar será *per se* uma conduta anticompetitiva.[125]

Na experiência europeia, as recusas de licenciamento de direitos de propriedade intelectual podem violar as legislações antitruste, especialmente se obstarem o desenvolvimento de novos produtos.[126]

Desse modo, conclui-se que os agentes econômicos possuem o direito de selecionar os agentes com quem irão firmar acordos comerciais, bem como podem recusar o licenciamento de outros agentes econômicos.[127] No entanto, caso o titular do direito de patente detenha poder de monopólio dentro do mercado relevante no qual está inserido, a análise concorrencial da recusa de licenciamento deve ser feita com cuidado.[128]

---

[122] COMISSÃO EUROPEIA, Op. cit., n.p.
[123] WU, WEIMIN. Op. cit., 465-466.
[124] KLITZKE, op. cit, p. 758.
[125] Idem, p. 751-753.
[126] OECD, Op. cit., p. 201.
[127] KLITZKE, op. cit, p. 763.
[128] Idem, p. 763.

## 4. Efeitos dos *pools* de patentes

*Pools* de patentes são mecanismos muito eficientes quando as patentes englobadas são bloqueadoras ou complementares, por serem capazes de promover, por meio do licenciamento do tipo *one-stop shopping*, o agrupamento das tecnologias e de reduzirem os custos de transação necessários às licenças[129], além de proporcionarem a resolução de demandas judiciais e o fim das *blocking patents*, motivo pelo qual, via de regra, costumam ser considerados pró-competitivos.[130]

O *one-stop shopping* ocorre quando os membros do *pool* oferecem apenas um licenciamento aos agentes que objetivam a utilização das patentes empregadas, prescindindo a negociação isolada com cada membro do *pool.*[131] Assim, o *one-stop shopping* acaba por ser um efeito vantajoso do *pool* de patentes aos licenciados, na medida em que dispensa os custos de licenciamentos dispersos de inúmeras patentes com vários titulares por meio da utilização de um único acordo.[132]

Todavia, assim como outros acordos com diversos *players*, os *pools* são capazes de suscitar preocupações antitruste se sucederem a práticas coordenadas de seus membros com o objetivo de fixar preços, de restringir a oferta ou de fechar o mercado, considerando-se a existência de um preço embolsado coletivamente entre seus membros, o que pode reduzir os incentivos à inovação e gerar outras apreensões concorrenciais.[133]

### 4.1. Formas de análise: qual a regra aplicável, per se ou da razão?

A análise de possíveis violações concorrenciais dos acordos de licenciamento pode ser feita por meio de duas regras: **ilicitude *per se*** - quando o acordo possui efeitos antitruste

[129] COLANGELO, Giuseppe. Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust**. LUISS Law and Economics Lab Working Paper** No. IP-01-2004. 2004, p. 32. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=523122. Acesso em: 4 mai. 2021; TERNG, Op. cit., p. 101.

[130] TERNG, Op. cit., p. 101.

[131] Idem, p. 82.

[132] MERGERS, Robert P.; MATTIOLI, Michael. Measuring the Costs and Benefits of Patent Pools. **Ohio State Law Journal,** v. 78:2, 2017, p. 285. Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3643&context=facpub. Acesso em: 02 mai. 2021.

[133] TERNG, Op. cit., p. 101.

notórios, sendo considerado um ilícito *per se*, de modo a prescindir uma averiguação mais minuciosa, como ocorre, por exemplo, diante da existência de cartéis de preços ou de outras condutas colusivas praticadas entre concorrentes[134] - ou **da razão** - cuja averiguação é feita em dois passos: (i) verificação de potenciais efeitos anticoncorrenciais oriundos da restrição dentro do mercado relevante; e (ii) posteriormente, caso tenha sido verificada a existência de efeitos que prejudiquem a concorrência, deve-se analisar se a restrição imposta pelo acordo possui justificativas pautadas em argumentos de eficiência, de modo que suas consequências benéficas à concorrência sejam superiores às consequências anticoncorrenciais.[135]

O exame antitruste dos *pools* de patentes costuma ser feito, na grande maioria dos casos, por meio da regra da razão, a qual pondera os benefícios pró-concorrenciais esperados e as potenciais restrições anticoncorrenciais do acordo[136], tendo em vista que, mesmo diante das vantagens de integração de tecnologias complementares, de contenção de custos de transação, de liberação de posições de bloqueio e de redução de custosas demandas judiciais por infração aos direitos de patentes, há o risco de o *pool* ser utilizado como um mecanismo de conspiração para a supressão da concorrência.[137] A regra da razão é realizada por meio de uma pesquisa extensa acerca do poder de mercado dos membros[138] e das explicações econômicas para a restrição imposta pelo acordo.[139]

Por outro lado, a regra *per se* não é aplicada em *pools* de patente[140], pois não existem evidências de que este atuaria, necessariamente, como um *cartel manager*, sendo recomendado que as autoridades antitruste não se concentrem unicamente na análise de termos restritivos de licença (cláusulas de exclusividade), mas também na averiguação de como o *pool* de patente

---

[134] LILLA, Op. cit., p. 104 e 144.

[135] Idem, p. 147.

[136] OECD, Op. cit., p, 147; TERNG, Op. cit., p. 85; COLANGELO, Op. cit., p. 2; HOVENKAMP, E.; HOVENKAMP, H. J. Op. cit., p. 10; ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Op. cit., p. 16-17.

[137] COLANGELO, op. cit, p. 2 e 72.

[138] Nesse sentido: "antitrust concerns that may arise in licensing arrangements normally will be evaluated under the rule of reason. The absence of a presumption that intellectual property necessarily creates market power implies that an antitrust evaluation of licensing restraints such as tying arrangements normally will require investigation of market circumstances to establish anticompetitive effects." (SHAPIRO, Carl; GILBERT, Richard. The Nine No-No's Meet the Nineties. **University of California, Berkeley Law**, 1997, p. 287. Disponível em:https://www.researchgate.net/publication/4731939_Antitrust_Issues_in_the_Licensing_of_Intellectual_Property_The_Nine_No-No's_Meet_the_Nineties. Acesso em: 26 abr. 2021). Do mesmo modo: HOVENKAMP, E.; HOVENKAMP, H. J. Op. cit., p. 11.

[139] LILLA, Op. cit., p. 147-148.

[140] HOVENKAMP, E.; HOVENKAMP, H. J. Op. cit., p. 11.

controla os comportamentos dos licenciados e impede que estes infrinjam os termos de licença, pois tais dados favorecem à obtenção de indicativos para verificar sua atuação ou não como um gerente de cartel.[141]

Todavia, cabe ressaltar que, em alguns casos, certas restrições nos acordos de licenciamento são práticas anticompetitivas tão notórias que deveriam ser tratadas como ilícitos *per se*, dispensando-se a análise de seus efeitos concorrenciais nas hipóteses de "fixação de preços, restrições de produção e divisão de mercado entre concorrentes horizontais, bem como certos boicotes coletivos".[142]

Em suma, apenas se o *pool* de patentes não for eficiente em promover a integração da atividade econômica empregada e se a restrição tiver recebido tratamento *per se*, as autoridades antitruste averiguarão a restrição sob a regra *per se*; em todos os demais casos, as autoridades antitruste aplicarão a regra da razão, que requer uma investigação acerca dos prováveis efeitos competitivos da conduta praticada pelos agentes.[143]

## 5. Conclusão

O presente artigo procurou responder à seguinte pergunta: a recusa de licenciamento de um *pool* de patentes pode ser classificada como conduta colusiva?.

A partir das considerações da primeira parte deste artigo, observou-se que, via de regra, o licenciamento do *pool* de patentes é um fenômeno lícito, benéfico e pró-competitivo. No entanto, a imposição de cláusulas de exclusividade nos acordos possui o potencial de gerar preocupações para o Direito da Concorrência, em razão de favorecer a troca de informações de natureza concorrencialmente sensível. Assim, foram identificadas possibilidades de fixação de preço, de divisão de parcelas do mercado, de restrição da oferta do produto, de eliminação de bens rivais e, consequentemente, de facilitação da colusão.

Caso tais licenças exclusivas tenham sido firmadas com intuito de criar monopólios e de aumentar arbitrariamente os lucros, torna-se necessário o correto endereçamento das

[141] WU, op. cit, p. 473.
[142] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Op. cit., p. 17. Tradução livre.
[143] Idem, p. 17.

condutas unilaterais praticadas utilizando-se o *pool* de patentes[144]. Como visto, são elencadas como condições para configuração do ilícito a existência de: (i) uma relação horizontal entre os agentes econômicos; (ii) presença de impedimentos para participação de concorrentes no mercado; e (iii) elevado poder de mercado dos participantes do *pool*.

Dado que a conduta unilateral pode apresentar justificativas, é necessário analisar especificamente os comportamentos utilizando-se a regra da razão. Os remédios identificados, como a aplicação do princípio da razoabilidade nos EUA, a imposição dos termos FRAND na Europa e a utilização da licença compulsória no Brasil, nem sempre são capazes de impedir a produção de efeitos anticoncorrenciais, em razão da ausência de coercibilidade.

Assim, quando as licenças de exclusividade são impostas com finalidade anticompetitiva e geram efeitos não benéficos à concorrência, configurar-se-ia conduta unilateral com potencial de geração de condutas colusivas, caso haja recusa de licenciamento.

Nesse sentido, foi confirmada a hipótese de a recusa coletiva de licenciamento no *pool* de patentes configurar-se como conduta coordenada colusiva entre seus membros com a finalidade de organizar a oferta, de fixar preços ou de dividir o mercado, independentemente de o *pool* envolver acordos verticais (entre patentes complementares/não concorrentes) ou horizontais (entre patentes concorrentes/substitutas).

Por fim, destaca-se que o presente trabalho não teve como intuito esgotar o debate sobre o tema. A literatura reconhece outras possibilidades de configuração de condutas anticoncorrenciais por meio dos *pools* de patentes. O recorte temático realizado impôs apenas o estudo das condutas unilaterais de imposição de cláusulas de exclusividade e coletivas de recusa de licenciar. Contudo, reconhece-se a importância de outros comportamentos[145] que relacionam o uso abusivo dos direitos patentários às condutas anticoncorrenciais e à formação

[144] ANDRADE, Op. cit., n.p.

[145] Além da recusa de licenciar estão dentre as condutas anticoncorrenciais identificadas envolvendo direitos de propriedade intelectual: obtenção de direitos de maneira ilegal, aquisições de agentes rivais visando à supressão de inovações, manipulação de certificações de produtos, supressão do processo inovativo por rivais, venda casada e criação de barreiras à entrada de novos concorrentes (ALVES, Op. cit., p. 97).

de estruturas danosas à Concorrência. Tais temas merecem a devida atenção, mas, por extrapolarem o escopo do presente trabalho, não foram abordados nesta ocasião.

**Referências bibliográficas**

ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. ***Condições para a caracterização de infrações contra a ordem econômica envolvendo direitos de propriedade intelectual no Brasil.*** Orientador: José Roberto D'Affonseca Gusmão. 2018. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2018. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21792/2/Joyce%20Ruiz%20Rodrigues%20Alves.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

ANDEWELT, Roger Barry. *Analysis of Patent Pools under the Antitrust Laws*. ***Antitrust Law Journal***, v. 53, n. 4, 1984, p. 611-640.

ANDRADE, Gustavo Piva de. ***A Interface entre a Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste*****.** Instituto Dannemann Siemsen, 2007, n.p. Disponível em: https://ids.org.br/a-interface-entre-a-propriedade-intelectual-e-o-direito-antitruste/. Acesso em: 12 abr. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. *A* proteção Constitucional da Propriedade Industrial e as Políticas de Defesa da Concorrência e de Inovação Tecnológica. In: CLEVE, Clemerson; Freire, Alexandre. **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 445-455.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 abr. 2021.

_____. Lei 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

_____. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem

econômica; altera a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 01 abr. 2021.

CARLSON, Steven C. *Patent Pools and the Antitrust Dilemma*. Yale ***Journal on Regulation, New Haven,*** v. 16, 1999. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/72838872.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

CHOI, Jay Pil. *Patent Pools and Cross-Licensing in the Shadow of Patent Litigation. **Michigan State University. Department of Economics***. 2003, 37 f. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=466062. Acesso em: 06 maio 2021.

COLANGELO, Giuseppe. *Avoiding the Tragedy of the Anticommons: Collective Rights Organizations, Patent Pools and the Role of Antitrust**. LUISS Law and Economics Lab Working Paper No. IP-01-2004***. 2004. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=523122. Acesso em: 4 mai. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. ***Commission Notice: Guidelines on the Application of Article 81 of the EC Treaty to Technology Transfer Agreements*** (OJ C 101, 27.4.2004). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0427(01)&from=DE. Acesso em: 26 abr. 2021.

COSTA, Jéssica Coelho. Propriedade intelectual e direito da concorrência: Análise da aplicação da state action doctrine a partir do julgamento do caso ANFAPE. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 1, 2020, p. 177-206. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/429. Acesso em: 20 abr. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice; Federal Trade Commission. ***Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property.*** 1995. Disponível em: https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/04/27/0558.pdf. Acesso em: 09 abr. 2021.

_____. ***Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property***. 2017. Disponível em: https://www.justice.gov/archives/opa/blog-entry/file/925906/download. Acesso em: 12 mai. 2021.

_____. ***To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy.*** 2003. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/promote-innovation-proper-balance-competition-and-patent-law-and-policy/innovationrpt.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 10. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLEVE, Clemerson; Freire, Alexandre. Direitos **Fundamentais e Jurisdição Constitucional: análise, crítica e contribuições.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 139-158.

_____. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOVENKAMP, Erik; HOVENKAMP, Hebert J. *Patent Pools and Related Technology Sharing*. ***University of Pennsylvania Carey Law School, Faculty Scholarship at Penn Law,*** 1766, 2017. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1766. Acesso em: 26 mar. 2021.

HOVENKAMP, Herbert J. *Antitrust and the Patent System: A Reexamination.* ***Ohio State Law Journal***, v. 76, n. 3, 2015, p. 467-564. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/159569227.pdf. Acesso em: 22 abr. 2021.

KLITZKE, Ramon A. *Refusal to License: Monopolization Problems for Patent Owners*. ***Oregon Law Review,*** v. 65, 1986, p. 745-763. Disponível em: https://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1141&context=facpub. Acesso em: 07 maio 2021.

LAYNE-FARRAR, Anne; LERNER, Josh. *To join or not to join: examining patent pool participation and rent sharing rules.* ***Harvard Business School. National Bureau of Economic Research.*** 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=945189. Acesso em: 06 maio 2021.

LILLA, Paulo Eduardo de Campos. **Direitos de propriedade intelectual e o controle das práticas restritivas da concorrência à luz do Acordo TRIPS/OMC**. Orientadora: Maristela Basso. 2013. 345 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Comparado) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional e Comparado, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-02122016-094148/publico/Tese_Doutorado_PI_e_Antitruste_Paulo_Eduardo_de_Campos_Lilla_INTEGRAL.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.MELON, Elise. ***Patents, Competition Law and Open Innovation: A Study Of "Global Patent Warming".*** (Tese de Master of European Studies). College of Europe Bruges Campus, 2011-2012, p. 11. Disponível em: https://www.efpia.eu/media/25205/elise-melon-patents-competition-law-and-open-innovation-a-study-of-global-patent-warming.pdf. Acesso em: 20 abr. 2021.

MERGERS, Robert P.; MATTIOLI, Michael. *Measuring the Costs and Benefits of Patent Pools*. ***Ohio State Law Journal***, v. 78:2, 2017, p. 281-347. Disponível em: https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3643&context=facpub. Acesso em: 02 mai. 2021.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). ***Competition, Patents and Innovation II. Policy Roundtables*****. Paris, 2009.** Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/45019987.pdf. Acesso em: 11 mai. 2021.

RODRIGUES, Eduardo Henrique Kruel. **O direito antitruste na economia digital: implicações concorrenciais do acesso a dados.** Orientador: Ana de Oliveira Frazão. 2016. 117 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: https://repositorio.unb.br/handle/10482/20530. Acesso em 11 mai. 2021

ROSENBERG, Barbara. Considerações sobre Direito da Concorrência e os Direitos de Propriedade Intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (Org.). **Desafios Atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008, p. 169-189.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. In: **Revista CEJ**, Brasília, n. 35, p. 12-19, out./dez. 2006, p. 12-19. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/211921516.pdf. Acesso em: 23 abr. 2021.

SHAPIRO, Carl. *Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard Setting*. In: JAFFE, Adam B.; LERNER, Josh; STERN, Scott, ***Innovation Policy and the Economy,*** Vol. 1, Cambridge, MIT Press, 2001, p. 119-150. Disponível em: https://www.nber.org/books-and-chapters/innovation-policy-and-economy-volume-1/navigating-patent-thicket-cross-licenses-patent-*pools*-and-standard-setting. Acesso em: 29. abr. 2021.

SHAPIRO, Carl; GILBERT, Richard. ***The Nine No-No's Meet the Nineties*****.** University of California, Berkeley Law, 1997, p. 283-349. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/4731939_Antitrust_Issues_in_the_Licensing_of_Intellectual_Property_The_Nine_No-No's_Meet_the_Nineties. Acesso em: 26 abr. 2021.

SILVA, Denise Freitas; ZIBETTI, Fabíola Wüst; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Contribuição para procedimentos para análise de pools de patentes. Monografia publicada no **X Prêmio SEAE de defesa da concorrência e regulação da atividade econômica** - Monografias premiadas 2015. Rio de Janeiro: 2015. Disponível em: http://repositorio.enap.gov.br/handle/1/5432. Acesso em: 29 abr. 2021.

SILVA, Denise Freitas. **Pools de Patentes: Impactos no Interesse Público e Interface com Problemas de Qualidade do Sistema de Patentes.** Orientador: Denis Borges Barbosa. 2012. 201 f. Tese (Doutorado em Ciências, Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, 2012. Disponível em: https://www.ie.ufrj.br/images/IE/PPED/Teses/2012/Denise%20Freitas%20Silva.pdf. Acesso em: 13 abr. 2021.

TERNG, Vivian. **Agrupamento de patentes: Efeitos Concorrenciais e à Inovação.** Orientador: José Marcelo Martins Proença. 2018. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial, 2018.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION - WIPO. ***Patent Pools And Antitrust - A Comparative Analysis***. 2014. Disponível em: https://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/patent_*pools*_report.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

WORLD TRADE ORGANIZATION - WTO. ***Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.*** 1994. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/217888/mod_resource/content/1/Trips%20-%20Acordo%20sobre%20aspectos%20dos%20direitos%20de%20propriedade%20intelectual%20relacionados%20ao%20com%C3%A9rcio.pdf . Acesso em: 03 maio 2021.

WU, Weimin. *Managing Cartels Through Patent Pools*. ***The Antitrust Bulletin***, v. 64, n. 3, 2019, p. 457-473

# 16. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA NO ASPECTO CONCORRENCIAL E O DILEMA DA COMPETÊNCIA DO CADE

## *16. ANTITRUST NON-COMPLIANCE WITH THE TAX OBLIGATION AND THE DILEMMA OF CADE'S JURISDICTION*

Mônica Lima

**SUMÁRIO: 1.** INTRODUÇÃO. 2.O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E AS CONDUTAS TRIBUTÁRIAS DOS AGENTES ECONÔMICOS. 3. O CADE NO VIÉS TRIBUTÁRIO. 4. O CADE E A EFETIVA INVESTIGAÇÃO DO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. 5.LACUNA LEGISLATIVA OU FALTA DE INTERESSE INSTITUCIONAL? 6. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** O presente artigo tem por objeto o estudo acerca da relação entre as disciplinas do direito tributário e concorrencial, especificamente no que diz respeito ao descumprimento da obrigação tributária como potencial infração à ordem econômica. A partir da demonstração de que, em tese, a conduta tributária do agente pode vir a afetar o mercado no qual atua, questionamos se o posicionamento refratário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE para análise de casos envolvendo questões tributárias, observado na análise dos seus julgados, decorre de eventual insuficiência da legislação brasileira ou da ausência de interesse institucional. O estudo da legislação concorrencial promovido no presente artigo nos leva a concluir no sentido de o CADE ser absolutamente competente para a análise de questões concorrenciais relacionadas à postura do agente como contribuinte, mas sugere a complementação das normas com previsão expressa nesse sentido, evitando, assim, que a perpetuação do posicionamento do órgão antitruste.

**ABSTRACT:** *This article aims to studying the relationship between the disciplines of Taxation and Competition Law, specifically about the tax obligation non-compliance as a potential violation of the economic order. From the demonstration that, in theory, the tax conduct may affect the market in which the agent operates, we question whether the annulling position of the Administrative Council for Economic Defense – CADE for the analysis of cases involving tax issues, observed in the analysis of its judgments, arises from possible insufficiency of Brazilian legislation or lack of institutional interest. The study of competition law concludes that CADE has jurisdiction to analyze competition issues related to the tax obligations, but suggests complementing its rules with an express provision in this regard, thus solving the position of the Brazilian antitrust agency.*

## 1. Introdução

A complexidade do sistema tributário brasileiro e a alta carga tributária são recorrentemente apontadas como alguns dos maiores entraves para o sucesso empresarial[1]. Em situações de normalidade, ao menos todos os empresários estão submetidos ao mesmo sistema tributário e, em tese, assumem a carga tributária correspondente.

Sob o aspecto do direito antitruste, o princípio da livre concorrência, previsto no artigo 170, inciso IV da Constituição Federal de 1988, surte reflexos na seara tributária por meio do princípio da neutralidade fiscal[2].

O referido princípio impõe a neutralidade dos tributos em face da atividade econômica, a proibição de tratamento desigual entre os contribuintes e a exigência de respeito à capacidade contributiva[3], com o objetivo de assegurar que a tributação seja um elemento que pouco repercuta na tomada de decisões dos agentes econômicos e, consequentemente, na livre concorrência[4].

Não obstante, em regra, vermos o princípio da neutralidade fiscal sendo direcionado aos entes tributantes, os quais são obrigados a observar essa diretiva quando da imposição dos tributos de suas respectivas competências, é perfeitamente possível afirmar que os agentes econômicos também são obrigados a respeitá-lo, mediante o cumprimento de suas obrigações tributárias, de modo a não afetar a livre concorrência.

É dizer: se a tributação imposta desigualmente pelo Estado aos agentes econômicos pode prejudicar a dinâmica concorrencial, o descumprimento reiterado da obrigação tributária tem tanto potencial quanto. Isso porque, em tese, a indevida redução da carga tributária coloca o contribuinte em situação de vantagem competitiva, tendo em vista a representatividade da tributação como custo da atividade empresarial.

---

[1] Disponível em: https://estudio.folha.uol.com.br/cni-custobrasil/2020/08/1988825-complexidade-e-distorcoes-tributarias-travam-inovacao.shtml. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[2] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, fl. 331

[3] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri, SP: Editora Manole, 2007, fl. 370.

[4] Entretanto, a própria Constituição Federal, em seu artigo 170, mitiga o Princípio da Neutralidade Fiscal, ao conjugar a livre concorrência com os objetivos da redução das desigualdades regionais e sociais, além do tratamento favorecido direcionado às empresas de pequeno porte.

Da afirmação acima surge o debate acerca da importância de o Direito Concorrencial também lançar olhares ao direito tributário, por meio de mecanismos que vão além da ótica meramente arrecadatória, incluindo nesse contexto a análise da postura do contribuinte na perspectiva do mercado do qual faz parte.

Desde o advento do artigo 146-A da Constituição Federal[5], o ordenamento jurídico brasileiro estabelece uma relação explícita entre o Direito Tributário e o Concorrencial, determinando que lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência[6].

Embora nenhuma lei complementar com fundamento no artigo 146-A da Constituição Federal tenha sido editada até então, a simples existência do dispositivo nos permite reconhecer que os efeitos da tributação na concorrência é assunto de tamanha importância que se encontra previsto no texto constitucional.

Entretanto, seja pela dificuldade em comprovar a correlação entre a participação no mercado e a conduta tributária ou, então, pelo recorrente argumento de que não caberia ao órgão antitruste a análise de questões fiscais, fato é que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE nunca reconheceu, nos casos por ele apreciados, que o descumprimento de obrigação tributária de agente econômico tivesse influenciado os aspectos concorrenciais do mercado[7].

O potencial prejuízo à livre concorrência causado pelas condutas tributárias inadequadas é questão que precisa ser enfrentada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e nos parece imprescindível superarmos as dificuldades técnicas e os dogmas

[5] Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

[6] O artigo 146-A foi introduzido por meio da Emenda Constitucional 42/2003. Existe muito esforço da doutrina para conceitua-lo e defini-lo. Vinicius Alberto Rossi Nogueira, em sua dissertação de mestrado defendida na Universidade de São Paulo, em 2014, cujo título é "Direito Tributário e Livre Concorrência: Da interpretação e aplicação do artigo 146-A da Constituição Federal", atribuiu ao dispositivo o objetivo de arrefecer os efeitos concorrenciais decorrentes, em especial, da guerra fiscal entre os Estados no que diz respeito às alíquotas de ICMS e benefícios fiscais correlatos, os quais poderiam provocar desequilíbrio concorrencial entre os agentes em virtude da redução da carga tributária, influenciando na dinâmica dos preços. Hamilton Dias de Souza, por sua vez, em Critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência – Reflexões para a regulação e aplicação do art. 146-A da Constituição Federal, considera que o dispositivo constitucional veio para densificar o princípio da neutralidade tributária como instrumento de aplicação uniforme do tributo aos agentes envolvidos.

[7] No tópico 3 do presente artigo é feita a análise do posicionamento do CADE acerca do tema.

acerca das competências institucionais. Não se pode ignorar que o descumprimento da obrigação tributária pelos agentes econômicos é conduta capaz de alterar a dinâmica concorrencial, sendo essencial que passemos a encarar concretamente essa questão.

O presente artigo tem por objetivo analisar o atual panorama da interface do Direito Tributário e do Concorrencial, especificamente sobre o descumprimento das obrigações tributárias em hipóteses nas quais essa conduta pode influenciar na dinâmica do mercado, bem como quando o CADE efetivamente deveria se debruçar sobre os casos a ele submetidos.

A abordagem do tema em tópicos é iniciada com o questionamento sobre quando a conduta tributária pode vir a representar uma preocupação ao direito da concorrência. No item 3, analisamos a legislação do sistema nacional de defesa da concorrência sob o aspecto de sua competência para análise de condutas tributárias e seus reflexos na dinâmica entre os agentes. O estudo sobre como o CADE pode efetivamente averiguar se condutas tributárias seriam consideradas infrações à ordem econômica é objeto do item 4. Por fim, no item 5, questionamos se a postura do CADE sobre o assunto decorre da lacuna legislativa ou da falta de vontade institucional.

## 2. O princípio da livre concorrência e as condutas tributárias dos agentes econômicos

O princípio da livre concorrência, assegurado pelo artigo 170 da Constituição Federal[8], não tem um fim em si mesmo. O objetivo do mencionado artigo não é o de proteger a liberdade do agente econômico, isoladamente considerado, mas da sociedade como um todo[9]. Isso porque a livre concorrência, um dos pilares da ordem econômica brasileira, é uma garantia de funcionamento do mercado, o qual é tratado como patrimônio nacional pelo artigo 219 da Constituição Federal.

Calixto Salomão Filho nos ensina que o direito antitruste brasileiro visa de forma imediata tutelar a ordem concorrencial, assim considerada como uma instituição jurídica que

[8] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
(...)
IV - livre concorrência;

[9] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, fl. 331.

pode ser titular de proteção. Em seus ensinamentos, esclarece que o primeiro passo lógico para a correta definição do conceito de concorrência é a distinção da sua proteção e daquela direcionada ao concorrente, ressaltando que é mediante a proteção da "instituição concorrência" que o consumidor, destinatário final das normas concorrenciais, tem o seu interesse protegido[10].

A política de concorrência no Brasil é a de bem-estar do consumidor, destinatário final do produto ou serviço. Sendo assim, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem por finalidade a proteção desse consumidor, e não a do agente econômico. Os concorrentes são protegidos pela manutenção da ordem concorrencial, mas o Direito Concorrencial não tem por objetivo a proteção de direitos exclusivamente individuais das empresas que não encontrem justificativas na proteção institucional da ordem econômica.

Estabelecidas essas premissas, podemos melhor abordar a interface entre o princípio da livre concorrência e o descumprimento das obrigações tributárias.

É absolutamente aceitável a ideia de que um agente que não pague os seus tributos passe a ter vantagens competitivas frente aos seus concorrentes. A situação fica ainda mais sensível quando lidamos com setores nos quais a tributação é altíssima e a margem de lucro reduzida, como é o caso dos setores de bebida, cigarros e combustíveis.

Portanto, se um agente econômico passa a não recolher tributos, significa dizer que ele muito provavelmente vai eliminar um dos maiores custos de sua produção, o que na prática poderia representar desequilíbrios para a concorrência na hipótese de os respectivos valores influenciarem a redução de preços.

Para além do descumprimento das obrigações tributárias como possível causa de desequilíbrios concorrenciais, existem outros fatores como as isenções tributárias e as decisões judiciais, cujos efeitos são estudados no que diz respeito à concorrência[11]. O presente trabalho não tem como foco o impacto das isenções e decisões judiciais na concorrência, mas é válido

[10] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

[11] D'ARCANCHY, Deborah. Efeitos da tributação na concorrência e a competência do CADE para intervir em práticas tributárias que afetam a concorrência no Brasil. In MAIOLINO, Isabela (Coord). **Mulheres no Antitruste**. Volume II. São Paulo: Singular, 2019.

mencionar que ações judiciais frequentemente são adotadas como estratégias para perpetuar o não pagamento dos tributos pelos agentes econômicos[12].

Embora seja juridicamente reprovável a conduta, é preciso ressaltar que o descumprimento das obrigações tributárias pelo agente econômico em um determinado mercado relevante não significa automático desequilíbrio da livre concorrência. A afirmação pode parecer um tanto óbvia para quem milita na seara do Direito Concorrencial, mas é bastante reveladora para quem atua em causas tributárias.

A discussão sobre conduta tributária e o Direito Concorrencial frequentemente está inserida em uma compreensão equivocada sobre o que representaria a livre concorrência, em suas dimensões econômica e jurídica.

Não raro surgem argumentos nas ações de cunho tributário por meio dos quais tanto a Fazenda Pública quanto os contribuintes alegam que a suspensão da exigibilidade do tributo ou a permanência dessa exigibilidade podem, de uma forma ou de outra, influenciar a performance do agente econômico perante os seus concorrentes de mercado. As alegações não possuem nenhum tecnicismo, tampouco são elas efetivamente comprovadas nos autos judiciais.

De todo modo, alegações sobre inconsistência na tributação entre contribuintes são argumentos minimamente válidos nos casos de suspensão de exigibilidade. São apenas hipóteses que podem ser levadas em consideração pelo Poder Judiciário quando da análise perfunctória das medidas liminares e das tutelas antecipadas, assim como são considerados argumentos outros, a exemplo daqueles relacionados a crises econômica e sanitária.

Entretanto, o Direito Concorrencial não se resume a análises superficiais. É preciso mais do que meras alegações sobre a conduta do contribuinte influenciar a dinâmica dos mercados. Conforme menciona Calixto Salomão[13], para que possa haver um ilícito

[12] Há quem defenda que a provisoriedade das decisões judiciais não afetaria o mercado, mas é fato que grandes empresas que contam com uma boa assessoria jurídica litigam incansavelmente e obtém inúmeras decisões judiciais que suspendem a exigibilidade dos créditos tributários. São pessoas jurídicas que adotam planejamentos tributários agressivos e fazem interpretações arriscadas sobre a legislação tributária. Apostam na ideia de não serem autuadas pelo Fisco. Quando são autuadas, discutem administrativamente por anos com o privilégio da suspensão de exigibilidade do tributo. Quando perdem, ajuízam ação almejando desconstituir o auto de infração. E muitas vezes conseguem decisões judiciais pelo simples fato de o tributo ser cobrado.

[13] SALOMÃO FILHO, Calixto**. Direito Concorrencial.** Rio de Janeiro: Forense, 2021. Tópico 3.3.

concorrencial, é preciso o preenchimento de uma série de condições, sendo a primeira delas a existência de uma posição dominante no mercado. O autor menciona a Resolução 20/1999 do CADE, que estabelece uma série de critérios a serem observados quando da apreciação dos casos submetidos à análise da autarquia[14].

A efetiva comprovação da conduta unilateral como conduta anticompetitiva é tarefa hercúlea e até então ninguém conseguiu comprovar perante o CADE o reflexo da sonegação tributária praticada por um agente econômico de um determinado mercado relevante, conforme será abordado oportunamente no presente artigo.

O descumprimento das obrigações tributárias transforma-se em preocupação do Direito Concorrencial a partir do momento em que o agente a utiliza em detrimento de seus concorrentes em um mercado no qual possua poder econômico[15]. Significa dizer que o não pagamento dos tributos necessariamente deve refletir nos preços ofertados de uma tal forma que exclua ou possa excluir os concorrentes do mercado ou, ainda, impedir o ingresso de novos agentes.

Ao considerarmos que a política de concorrência no Brasil é a de bem-estar do consumidor, tal como já afirmado no presente artigo, é possível que surja eventual questionamento sobre a redução dos preços eventualmente ser algo a ele favorável, que passa a ter acesso a produtos e serviços com custo reduzido em virtude da sonegação tributária.

---

[14] Dentre eles:
1. Caracterização da conduta
1.1. Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal.
1.2. Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos.
2. Análise da posição dominante
2.1. Delimitação do(s) mercado(s) relevante(s).
2.2. Estimativa das participações no conjunto das empresas no(s) mercado(s) relevante(s).
2.3. Análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s) (incluindo condições institucionais).
3. Análise da conduta específica
3.1. Avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este(s) (ou outros) mercado(s).
3.2. Exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta.
3.3. Avaliação final (ponderação) dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta.

[15] NOGUEIRA, Vinicius Alberto Rossi. **Direito Tributário e Livre Concorrência: Da interpretação e aplicação do artigo 146-A da Constituição Federal.** Dissertação de mestrado defendida na Universidade de São Paulo, em 2014.

O argumento, apesar de inicialmente tentador, não resiste à lógica do Direito Concorrencial. Condutas tributárias inadequadas podem alterar a dinâmica do respectivo mercado relevante e são capazes de excluir concorrentes mais eficientes.

A política pública de defesa da concorrência não busca garantir ao consumidor o menor preço por um produto ou serviço, isoladamente considerado. Busca, na verdade, a eficiência econômica, a correção de falhas de mercado e a maximização do bem-estar dos consumidores, o que certamente gera pressão competitiva por menor preço, melhor qualidade e maior variedade de produtos e de serviços, em benefício do consumidor final[16].

Dessa forma, não podemos nos limitar à ideia de que preços estabelecidos artificialmente graças ao descumprimento de obrigação tributária são favoráveis aos consumidores. É preciso pensar a médio e a longo prazo, ou seja, que tipo de mercado ao qual esses consumidores terão acesso, sobretudo quando os preços artificialmente reduzidos forem restabelecidos.

Outrossim, embora não seja tema específico do Direito da Concorrência, não podemos ignorar o fato de que o descumprimento das obrigações tributárias é uma perda de receita do Estado, em tese destinada a atender aos anseios da nossa sociedade com políticas públicas, a exemplo daquelas relacionadas à saúde e à educação.

Sendo assim, o descumprimento das obrigações tributárias aliado às práticas anticoncorrenciais afeta a sociedade de diversas maneiras, pois alteram o funcionamento do mercado, bem como prejudicam a concretização de políticas públicas.

## 3. O CADE no viés tributário

O CADE é um dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, instituído por meio da Lei 12.529/2011. Possui como atribuição, dentre outras, a competência para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica, assim considerados os atos que tenham por objeto ou que possam afetar a livre concorrência e/ou a livre iniciativa,

[16] SILVEIRA, Paulo Burnier da**. Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

A própria Lei 12.529/2011 possui um rol exemplificativo em seu artigo 36, §3º, de condutas que podem configurar as hipóteses de infração à ordem econômica[17]. O mencionado rol não cita textualmente o descumprimento de obrigações fiscais como uma dessas condutas, mas a depender da situação, a postura do agente econômico pode ser enquadrada em diversos dos incisos elencados no artigo 36 da Lei 12.529/2011.

Ademais, ao considerarmos o caráter meramente exemplificativo da norma, absolutamente nada impede que a postura de um determinado contribuinte seja reconhecida como estratégia para alcançar uma maior participação no mercado ou causar dano efetivo à concorrência, inibindo a entrada de novos agentes no setor.

Na obra Concorrência e Tributação[18], que consolida o estudo promovido pelo Centro de Estudos de Direito Econômico e Social - CEDES, publicada em 2019, foram analisados todos os casos submetidos ao CADE que tratavam sobre o efeito do Direito Tributário na concorrência[19], incluindo aí as situações envolvendo benefícios fiscais, especialmente aqueles concedidos no contexto da chamada "guerra fiscal" entre os Estados da Federação.

Na análise realizada, constatou-se não só uma evidente resistência histórica do CADE em apreciar as denúncias sobre supostas infrações à ordem econômica relacionadas a

[17] Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
(...)
§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[18] CARVALHO, Vinicius Marques de et al, **Concorrência e Tributação**, 2. ed. [s.l.]: CEDES (Centro de Estudos de Direito Econômico e Social), 2019.

[19] Uma das atuações mais emblemáticas envolvendo tributação e concorrência é a Consulta Externa 38/99, proposta pelo Pensamento Nacional das Bases Empresariais. A consulta foi de relatoria do Conselheiro Marcelo Calliari, sendo que naquela oportunidade, o CADE reconheceu que a guerra fiscal poderia influenciar a concorrência e demonstrou o impacto concorrencial de cada ponto percentual de renúncia fiscal de ICMS. Todavia, a situação posta não foi enquadrada em nenhum ato específico previsto na legislação antitruste então vigente.

práticas tributárias, como também a falta de clareza sobre os motivos pelos quais muitas das denúncias sequer foram apreciadas[20].

Em 2021, entretanto, o CADE parece ter sinalizado uma mudança de entendimento em virtude da discussão acerca da representação realizada pela Associação Brasileira de Combate às Fraudes de Combustíveis em face da Rodopetro Distribuidora de Petróleo Ltda[21].

A representação teve como fundamento legal o artigo 36, inciso I da Lei 12.529/2011, e descreveu como fatos imputados à representada a inadimplência fiscal reiterada em conjunto com uma estratégia protelatória junto ao Poder Judiciário, com objetivos e efeitos anticompetitivos no mercado de etanol hidratado no Estado do Rio de Janeiro.

Quando a discussão chegou perante o colegiado[22], apenas um dos conselheiros se manifestou no sentido de a tributação dever ser tratada em esfera distinta, não sendo vislumbrada, a princípio, a competência da autoridade concorrencial[23]. Ressaltou, ainda, o receio de o CADE, adentrando em esferas que não seriam de sua competência, provocar prejuízos e inseguranças ao mercado, sem perspectiva de utilidade da continuidade do processo da autarquia.

A despeito de o inquérito administrativo ter sido arquivado por motivos outros, é de se reconhecer a importância das manifestações dos Conselheiros sobre a possibilidade de o CADE apreciar os efeitos das condutas tributárias na esfera concorrencial, sem prejuízo, tampouco conflito, com a competência dos demais órgãos. O Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani bem pontuou:

---

[20] É fato que, em regra, o CADE se diz incompetente para a análise das questões atinentes à tributação que lhe são submetidas. Todavia, alguns dos casos envolvendo esse viés tributário chegaram a ser analisados, a exemplo do processo administrativo 0800.004542/1997-13, cuja denúncia estava relacionada à comercialização de produtos farmacêuticos pelo SESI de Santa Catarina, titular de imunidade tributária, o que permitiria a venda com preços reduzidos frente aos concorrentes. Nesse caso, o CADE reconheceu que o fato de o SESI gozar de imunidade tributária conferia uma vantagem concorrencial frente às outras farmácias. Porém, a redução da carga tributária está prevista no ordenamento jurídico, sendo de competência do CADE apenas a investigação sobre os prováveis danos à concorrência e aos consumidores quando a conduta tributária se revelar ofensiva à ordem econômica.

[21] Inquérito Administrativo para Apuração de Infrações à Ordem Econômica 08700.002532/2018-33

[22] O Conselheiro Luís Henrique Bertolino Braido apresentou ao Colegiado a proposta de avocação do Inquérito Administrativo 08700.002532/2018-33, em virtude do despacho da Superintendência-Geral do CADE pela manutenção do arquivamento do inquérito. Dentre os motivos da proposta, a impossibilidade de descartar que os preços praticados pela representada estariam abaixo de seus custos, caso fossem considerados aqueles atinentes ao devido pagamento dos tributos aplicáveis.

[23] Trata-se do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia.

> "Nesse sentido, a prática de sonegação fiscal reiterada, referida como 'macrodelinquência tributária reiterada', suposta causa dos efeitos previstos no art. 36 da Lei nº 12.529/2011, pode ser caracterizada como infração à ordem econômica e analisada por este Conselho no âmbito de suas competências legalmente previstas. Portanto, diferentemente do fundamento utilizado pelo Conselheiro Maurício Bandeira Maia, o Cade tem competência para analisar práticas tributárias sob a perspectiva concorrencial, desde que preenchidos os requisitos legais definidos no art. 36 da Lei nº 12.529/2011."

Sob o aspecto da interface do Direito Tributário e da Concorrência, os votos proferidos no caso em comento são dignos de comemoração[24][25]. Contudo, parece-nos que o posicionamento institucional do CADE ainda é no sentido de sua incompetência para a análise do descumprimento das obrigações tributárias no ambiente concorrencial.

Em seu sítio eletrônico[26], o CADE reconhece expressamente que o descumprimento de obrigações tributárias, trabalhistas, previdenciárias e até daquelas relacionadas à propriedade intelectual pode resultar em uma redução artificial dos custos de uma empresa ou em uma vantagem competitiva. Porém, a conduta refletiria alteração temporária e sua ilicitude deve ser apurada em esfera distinta daquela dos órgãos antitruste[27]. Desse modo, uma vez sendo

[24] De acordo com o voto da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira: A própria SG reconhece "os possíveis danos à sociedade de condutas reiteradas de não recolhimento de impostos, porém acredita que estas possuem esferas adequadas de decisão e mediar tais conflitos não é competência do Cade". Com a devida vênia, discordo desse entendimento, por compreender que o não recolhimento de impostos pode, sim, gerar efeitos lesivos à concorrência – seja por dar base a estratégias de preço predatório, seja por viabilizar estratégias de aumento de custos de rivais. O fato desses efeitos anticompetitivos surgirem a partir de uma conduta tributária não os torna alheios à jurisdição do CADE.

[25] Por sua vez, a Conselheira Lenisa Rodrigues Prado: Faço questão de ressaltar que, a meu ver, o CADE tem competência de investigar essa narrativa, ao lado do Fisco e da ANP, não se falando em ingerência indevida do nosso órgão em se manifestar sobre questões tributárias. Porém, nesse momento, não vejo que existem indícios que sinalizem que estejamos defronte à alegada inadimplência tributária, tão significativa que impacte a própria formação do custo, sem que o próprio Fisco e a ANP tenham vislumbrado tal ilegalidade.

[26] https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-infracoes-a-ordem-economica

[27] Acerca da competência do CADE, muito embora caiba às administrações tributárias a fiscalização e a cobrança dos tributos, são frequentes os casos em que os contribuintes simplesmente conseguem se esquivar do pagamento, ainda que constantemente alvos de cobrança e tentativas de imposição de medidas restritivas.

restabelecida a normalidade jurídica, as condições concorrenciais habituais seguiriam o mesmo caminho.

Portanto, o próprio CADE, por meio de sua ferramenta institucional de comunicação junto à sociedade, desestimula representações baseadas em condutas anticoncorrenciais relacionadas ao Direito Tributário.

É interessante notar que a autarquia justifica o seu posicionamento com base no fundamento de a lei de proteção e defesa da concorrência visar à prevenção e à repressão de infrações contra a ordem econômica e, aparentemente, atribui um caráter exaustivo ao rol de condutas previsto no seu §3º do artigo 36.

Tal posicionamento, todavia, não nos parece correto. A uma, porque as condutas tributárias, a depender do contexto, podem ser enquadradas em um dos incisos elencados pelo artigo 36 da Lei 12.529/2011. A duas, porque no Direito da Concorrência, os ilícitos não são definidos de forma taxativa.

O próprio texto do §3º do artigo 36 da Lei 12.529/2011 faz menção expressa de que outras condutas, além daquelas já descritas, podem constituir infração à ordem econômica[28]. Sendo assim, ainda que não pudéssemos enquadrar a conduta tributária do agente na descrição existente, seria perfeitamente possível fazer uso do caráter exemplificativo da norma.

Por ora, o CADE vem limitando, de forma equivocada, a sua competência quanto ao controle de condutas que podem configurar infração à ordem econômica. Como visto, de acordo com o §3º do artigo 36 da Lei 12.529/2011, o descumprimento de obrigações tributárias, trabalhistas, previdenciárias e até daquelas relacionadas à propriedade intelectual, por exemplo, podem eventualmente configurar uma infração à ordem econômica, devendo ser objeto de análise pelo CADE.

[28] Inúmeros fatores podem influenciar a dinâmica concorrencial dos agentes econômicos. É possível que um determinado agente econômico deixe de cumprir suas obrigações trabalhistas, por exemplo, ou em situações mais graves, estabeleça um de regime de escravidão. O não cumprimento das obrigações trabalhistas, em tese, permitiria a redução dos preços praticados por esse agente econômico. Embora seja inegável a eventual existência de consequências concorrenciais, a priori, a competência institucional de fiscalização e aplicação de penalidades é do Ministério do Trabalho, e não dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Dessa forma, a questão não poderia ser apresentada ao CADE pela perspectiva do descumprimento da legislação trabalhista, mas dos efetivos efeitos concorrenciais em virtude da postura do agente econômico no papel de empregador.

Na verdade, ao refutar a competência para apreciar o contexto concorrencial prejudicado por condutas tributárias, o CADE mantém-se distante da máxima do Direito ser uno, a qual nos impediria, por princípio, de aplicar de forma autônoma e independente as regras sobre tributação e concorrência.

Deborah d'Arcanchy, abordando como poderia ser a forma de intervenção do CADE[29], ressaltou:

> "O método mais efetivo de combate à aludida prática tributária com efeitos anticoncorrenciais, em termos gerais, e que na prática tem sido gradualmente internalizado pelos operadores do direito, é a assunção da unidade do campo jurídico, que não pode, em termos científicos, ser fragmentada em ramos variados e isolados, como é feito para fins didáticos. Isso porque o tratamento de assuntos tratados de maneira diferente nada mais do que pertencer ao mesmo sistema jurídico, coordenado e hierarquizado."

Essa simbiose dos ramos do Direito, que nada mais é do que a própria representação de sua unicidade, é facilmente percebida no artigo 146-A da Constituição Federal, que dispõe justamente sobre a preocupação quanto aos reflexos do Direito Tributário sobre o ambiente concorrencial, ao prever que lei complementar pode estabelecer critérios especiais de tributação para prevenção de desequilíbrios na concorrência.

Se a Constituição Federal estabelece que regras tributárias podem ser pensadas sob a ótica da proteção da concorrência, nada mais coerente do que reconhecer que o Direito Antitruste também pode se voltar ao contexto tributário para compreender e rechaçar os efeitos prejudiciais à concorrência.

Talvez fosse o caso, para resolver de vez o impasse, que o Poder Legislativo incluísse no artigo 36 da Lei 12.529/2011 uma descrição relacionada à conduta tributária,

[29] D'ARCANCHY, Deborah. Efeitos da tributação na concorrência e a competência do CADE para intervir em práticas tributárias que afetam a concorrência no Brasil. In MAIOLINO, Isabela (Coord). **Mulheres no Antitruste**. Volume II. São Paulo: Singular, 2019.

fulminando a ideia de o CADE não possuir competência para a análise da matéria nos limites do direito concorrencial.

## 4. O CADE e a efetiva investigação do descumprimento da obrigação tributária como infração à ordem econômica

As dificuldades presentes na interface do Direito Tributário e da Concorrência vão além da consolidação do entendimento favorável à competência do CADE para análise dos casos em que agentes econômicos deixam de recolher os seus tributos de uma forma tal que poderia ser configurada a infração à ordem econômica.

Para além da competência, dúvidas existem sobre quando um agente econômico eventualmente pode ter sua conduta tributária questionada no aspecto concorrencial. Afinal, o que exatamente seria considerado inadequado pelo órgão antitruste brasileiro?

Para tentarmos responder a essa pergunta, precisamos adotar como premissa a lógica de que o descumprimento das obrigações tributárias não necessariamente representa uma conduta que constitua infração à ordem econômica. Consequentemente, precisamos reconhecer que não cabe ao CADE analisar toda e qualquer situação em que o agente de um determinado mercado não está recolhendo os tributos devidos.

Na verdade, a própria Resolução 20, de 09 de junho de 1999, já citada no tópico anterior, nos direciona a como comprovar, no caso concreto, que a conduta unilateral de descumprimento de obrigação tributária pode ser considerada uma infração à ordem econômica.

É imprescindível que a discussão acerca da conduta tributária de um agente econômico seja apresentada ao CADE de forma devidamente comprovada no que diz respeito ao seu impacto na concorrência. Deve ser demonstrado que houve uma decisão estratégica da empresa de não pagar tributos, que há uma correlação entre a maior participação no mercado e a conduta tributária, bem como se agentes atuantes no setor estão sendo excluídos ou se novos têm a sua entrada inibida.

De modo algum podemos aceitar a ideia de que o órgão antitruste se transforme em ferramenta de disputas comerciais entre agentes econômicos que eventualmente passem a fiscalizar uns aos outros quanto ao cumprimento de obrigações tributárias (assim como as trabalhistas e as ambientais, por exemplo). Aliás, o receio quanto a isso pode ter sido um dos

fatores que contribuíram para o atual posicionamento do CADE sobre a sua competência para analisar condutas tributárias e seus reflexos no ambiente concorrencial.

Em se tratando das obrigações tributárias, a fiscalização sobre o seu cumprimento cabe à Administração Tributária. Ao analisar o descumprimento dessa obrigação na seara concorrencial, caberia ao CADE limitar a sua apreciação sob o aspecto da infração à ordem econômica. Portanto, analisaria aspectos outros, não lhe sendo delegada a função de cobrar os tributos devidos, mas de analisar a conduta do contribuinte e seus reflexos diante da concorrência.

Atualmente, defende-se a ideia de a análise pelo CADE ser precedida da aplicação de filtros por meio dos quais seria possível identificar a ocorrência de infrações à ordem econômica decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias, algo que, aliás, foi mencionado no voto do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani já transcrito no presente artigo.

Do estudo promovido pelo CEDES[30], surgiu uma proposta de filtro para análise de infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias. Em síntese, são sugeridas cinco etapas, cumulativas, para a verificação de infração à ordem econômica, nos termos da Lei 12.529/2011. São elas: (i) reiteração da prática evasiva; (ii) mercado de alta tributação e baixa margem de lucro; (iii) aumento significativo da participação no mercado relevante analisado; (iv) correlação entre a maior participação de mercado e a conduta evasiva e; (v) verificação de dano efetivo à concorrência.

Como visto, a proposta originada desse estudo tem como alvo os mercados de alta tributação, tais como o tabagista, o de bebidas e o de combustíveis, os quais podem ser consideravelmente afetados se um dos agentes econômicos passar a adotar uma conduta tributária de forma estratégica com o objetivo de obter vantagens concorrenciais. Ainda que limitada a mercados específicos, a proposta em questão é um excelente primeiro passo na sistematização da atuação do CADE e serve de parâmetro para avanços futuros.

Nota-se que a primeira etapa da proposta em comento é a constatação da hipótese de o agente ser um devedor contumaz ou habitual, cuja conceituação ainda é cercada por

[30] CARVALHO, Vinicius Marques de et al, **Concorrência e Tributação**, 2. ed. [s.l.]: CEDES (Centro de Estudos de Direito Econômico e Social), 2019.

incertezas. Fato é que o conceito de devedor contumaz poderia ser adequadamente definido pelo ordenamento jurídico, o que certamente conferiria mais segurança ao CADE na análise da conduta tributária do agente econômico no ambiente concorrencial.

O devedor contumaz, basicamente, não se confunde com aquele agente eventualmente sujeito a dificuldades financeiras impeditivas do cumprimento das obrigações tributárias. Trata-se daquele que intencionalmente não paga tributos, planeja fraudes estruturadas, usa a própria empresa como óbice para os atos de cobrança, oculta ativos para evitar a execução fiscal, dentre outros aspectos.[31] Podemos citar, ainda, o abuso do direito de ação perante o Poder Judiciário com o objetivo de obter provimento jurisdicional que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, por exemplo.

Apenas alguns Estado da Federação possuem em sua legislação a definição de devedor contumaz, o que pode vir a contribuir com o CADE, a depender da localização geográfica do mercado sob análise. [32] Atualmente, tramitam perante o Poder Legislativo projetos de lei que se destinam a definir, dentre outros objetivos, o conceito de devedor contumaz.

O Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) 284/2017 apresenta-se como proposta de regulamentação do artigo 146 – A da CF e tem como principal foco os setores de combustíveis, cigarros e bebidas, nos quais o tributo se revela um componente relevante na composição dos preços.

Em síntese, o projeto permite que as administrações tributárias dos entes federados controlem os procedimentos de caráter tributário adotados pelos contribuintes que possam repercutir nos preços de produtos e serviços, desequilibrando o mercado. Um dos principais pontos do projeto é justamente a definição do conceito de devedor contumaz, que basicamente seria aquele que adota a sonegação de forma sistemática para obter vantagens concorrenciais. De acordo com a proposta legislativa consubstanciada no PLS 284/2017, o devedor contumaz

[31] RODAS, João Grandino. O Cade e os impactos concorrenciais de práticas tributárias. **ConJur**, 21 de março de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/olhar-economico-cade-impactos-concorrenciais-praticas-tributarias. Acesso em 16/05/2021.

[32] A exemplo do Rio Grande do Sul (Decreto 48.494/2011), Paraná (Decreto 3.864/2016), Espírito Santo (Lei 9.907/2012), Bahia (Lei 13.199/2014) e Alagoas (Lei 7.747/2015).

seria aquele que, atuando no campo do ilícito, se organiza para não pagar tributos e, com isso, obter vantagem concorrencial, dentre outras.

Outra proposta legislativa é o PL 1.646/2019, que se origina de um projeto de iniciativa da Procuradoria – Geral da Fazenda Nacional e visa ao estabelecimento de medidas para o combate ao devedor contumaz, assim considerado como aquele cujo comportamento fiscal se caracteriza pela inadimplência substancial e reiterada de tributo.

De todo modo, enquanto não houver uma legislação que bem defina o conceito de devedor contumaz, o CADE pode fazer uso de informações sobre a conduta fiscal de um determinado contribuinte que sejam relevantes para a análise do ambiente concorrencial no qual o agente econômico se encontra envolvido. Nada impede que as administrações tributárias contribuam com essas informações, conferindo às análises o acesso aos dados que demonstram a conduta tributária dos agentes.

Ao menos na esfera tributária federal, o CADE passou a ter acesso às informações de interesse recíproco ao celebrar um convênio com a Secretaria da Receita Federal do Brasil. Na prática, o que podemos observar dessa possível atuação conjunta é a concretização da unicidade do Direito, na medida em que ele passa a ser respeitado em todos os seus vieses.

## 5. Lacuna legislativa ou falta de interesse institucional?

A despeito de a legislação antitruste brasileira poder sempre ser aperfeiçoada, de modo a acompanhar a evolução do Direito Concorrencial, da análise que fizemos nos tópicos anteriores parece-nos claro que o ordenamento jurídico, em especial a Lei 12.529/2011, seria satisfatório para estabelecer o CADE como instituição competente pelas análises de questões concorrenciais relacionadas ao descumprimento de obrigações tributárias.

A legislação antitruste brasileira é mais do que suficiente para que o CADE passe a analisar as condutas dos agentes de mercado pela ótica tributária. O que falta não é uma regulamentação sobre o assunto, mas vontade institucional, tendo em vista as decisões proferidas pelo órgão antitruste e a forma como ele se posiciona perante a sociedade em seus canais de comunicação.

Na tentativa de convencer o CADE acerca dessa sua competência, surgem propostas como a advinda do Centro de Estudos de Direito Econômico e Social - CEDES, sobre

o estabelecimento de filtros para análise de infrações à ordem econômica diretamente relacionadas a práticas tributárias.

Entretanto, os filtros em questão servem mais como um mecanismo de segurança que impeça seja o CADE assolado por inúmeras denúncias envolvendo supostos ilícitos concorrenciais e descumprimento de obrigações tributárias, do que propriamente uma forma de demonstrar que o órgão antitruste é competente para tanto.

A considerar que as construções doutrinárias parecem não ser suficientes para convencer o CADE em definitivo sobre a sua competência, é provável que tenha chegado a hora de fazer com que a legislação afirme aquilo que ela própria já prevê, ao incluir de forma explícita o descumprimento de obrigação tributária no rol exemplificativo da Lei 12.529/2011.

## 6. Conclusão

Diante do significativo impacto da carga tributária na atividade dos agentes econômicos e da evidente representatividade desse custo dentre todos aqueles que compõem os preços de bens e serviços, naturalmente chegamos à conclusão no sentido de que o descumprimento de obrigações tributárias, a depender da situação, pode prejudicar a dinâmica concorrencial do mercado.

Sobre o assunto, a Constituição Federal tratou de estabelecer um vínculo entre o Direito Tributário e o Concorrencial, permitindo que leis complementares estabeleçam critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência. Entretanto, como vimos, na Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ainda persiste a resistência quanto à análise de situações nas quais agentes econômicos fazem uso da estratégia de descumprimento de obrigações tributárias com o objeto de obter vantagens concorrenciais no mercado em que atua.

É preciso insistir na ideia de que o CADE possui competência para apreciar os casos a ela submetidos considerando o aspecto tributário relacionado ao ambiente concorrencial. Por outro lado, devemos ter em mente que o mero descumprimento das obrigações tributárias não significa automático desequilíbrio da concorrência. Mais do que isso: o órgão antitruste não pode ser palco para disputas comerciais entre agentes econômicos baseadas em alegações de inadimplemento tributário sem que suas consequências concorrenciais sejam demonstradas.

Uma vez reconhecida de forma definitiva a competência do CADE, podemos dar um passo à frente e estabelecer com segurança quais os critérios a serem utilizados como filtros para que a agência antitruste identifique com uma adequada precisão quais os casos que mereçam ser submetidos ao seu escrutínio especializado.

Propostas não faltam para que esses objetivos sejam alcançados, sejam elas advindas da doutrina ou do Poder Legislativo. Se concretizadas, certamente teremos um ambiente concorrencial ainda mais adequado e fortalecido, prestigiando os princípios que norteiam a ordem econômica do país.

**Referências bibliográficas**

CARVALHO, Vinicius Marques *de et al*, **Concorrência e Tributação**, 2. ed. [s.l.]: CEDES (Centro de Estudos de Direito Econômico e Social), 2019.

D'ARCANCHY, Deborah. Efeitos da tributação na concorrência e a competência do CADE para intervir em práticas tributárias que afetam a concorrência no Brasil. In MAIOLINO, Isabela (Coord). **Mulheres no Antitruste**. Volume II. São Paulo: Singular, 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas**. Barueri, SP: Editora Manole, 2007.

NOGUEIRA, Vinicius Alberto Rossi. **Direito Tributário e Livre Concorrência: Da interpretação e aplicação do artigo 146-A da Constituição Federal.** Dissertação de mestrado defendida na Universidade de São Paulo, em 2014, disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-21012015-084157/pt-br.php

RODAS, João Grandino. O CADE e os impactos concorrenciais de práticas tributárias. **ConJur**, 21 de março de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-21/olhar-economico-cade-impactos-concorrenciais-praticas-tributarias. Acesso em 16/05/2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. Rio de Janeiro: Forense, 2021

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOUZA, Hamilton Dias. **Critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência – Reflexões para a regulação e aplicação do art. 146-A da Constituição Federal.** Disponível em: https://www.dsa.com.br/destaques/hamilton-dias-de-souza-criterios-especiais-de-tributacao-para-prevenir-desequilibrios-da-concorrencia-reflexoes-para-a-regulacao-e-aplicacao-do-art-146-a-da-constituicao-federal/ Acesso em 06/07/2021.

# 17. O ENCONTRO ENTRE ANTITRUSTE E ANTICORRUPÇÃO PELO ASPECTO DA REPARAÇÃO DO DANO: UMA ANÁLISE DA CONCESSÃO DE DESCONTO POR REPARAÇÃO DE DANOS PELO CADE EM TCCS

## *17. THE MEETING BETWEEN ANTITRUST AND ANTI-CORRUPTION FROM THE ASPECT OF DAMAGE REPAIR: AN ANALYSIS OF DISCOUNT FOR REPAIR OF DAMAGES BY CADE IN TCCS*

Sarah Roriz de Freitas

**SUMÁRIO**: 1, INTRODUÇÃO. 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS E O DESCONTO POR REPARAÇÃO DE DANOS EM TCCs CELEBRADOS PELO CADE. 3. PANORAMA DA INSERÇÃO DA CLÁUSULA DE DESCONTO POR REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS EM TCCS CELEBRADOS PELO CADE. 3.1. Ano de homologação do TCC. 3.2. Percentual de desconto. 3.3. Limite do desconto. 3.4. Comprovação do ressarcimento. 3.5. Incidência do desconto e forma de atualização. 3.7. Multa por descumprimento do Acordo de Leniência. 3.8. Forma de aplicação da multa. 3.9. Compromissários dos TCCs. 3.10. Processo originário. 4. O ENCONTRO ENTRE ANTITRUSTE A ANTICORRUPÇÃO PELO ASPECTO DA REPRAÇÃO DO DANO. 5. "DEU *MATCH*"? CONSIDERAÇÕES SOBRE O DESCONTO POR REPARAÇÃO DE DANO CAUSADO POR ATO DE CORRUPÇÃO. 6. CONCLUSÃO.

**RESUMO**: A Resolução 21 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) previu a possibilidade de se conceder descontos na contribuição pecuniária devida pelos compromissários de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) que reparam o dano concorrencial causado pela infração à ordem econômica. O presente artigo busca compreender o contexto em que surgiu a previsão de desconto por reparação de danos concorrenciais, bem como identificar de que forma tal previsão é inserida, na prática, nos TCCs antitruste, a partir de levantamento de dados junto ao CADE, para que se pudesse analisar todos os TCCs que preveem a cláusula de desconto. São apresentados os resultados da análise de tal cláusula em todos os TCCs que a preveem, identificando-se que o CADE considera a celebração de acordo de leniência com outros órgãos como fator passível de concessão do benefício de desconto por reparação de danos. A partir dessa constatação, procurou-se identificar quantos e quais TCCs tinham por objeto ilícitos concorrenciais também tipificados como atos de corrupção, e se os compromissários desses TCCs eram também signatários de acordos de leniência com outros órgãos, analisando este espaço de intersecção entre antitruste e anticorrupção sob o aspecto da reparação do dano. Por fim, procurou-se estabelecer se a concessão de desconto por reparação de danos concorrenciais aos compromissários de TCCs antitruste que são também signatários

de acordos de leniência com outros órgãos, envolvendo os mesmos atos, cumpre a finalidade prevista quando da edição da Resolução 21/2018, concluindo que o desconto por reparação de danos, nesses casos, não atinge os fins previstos originariamente quando de seu surgimento.

**ABSTRACT**: *The Administrative Council for Economic Defense's Resolution no. 21 provides that signatories of Cease-and-Desist Agreements (TCCs) can be granted a discount in their pecuniary contribution due to compensation for competitive damages. This article aims to understand the context in which the discount for compensation for competitive damages arose, as well as to identify how such discount is inserted, in practice, in antitrust TCCs, based on data collection from CADE. Then, we present the results of the analysis of such clause in all TCCs that provide for it, identifying that CADE considers the execution of a leniency agreement with other bodies as a factor capable of granting the benefit of such discount. From this finding, we sought to identify how many and which TCCs have as their object antitrust violation also typified as acts of corruption, and if the signatories of these TCCs were also signatories of leniency agreements with other public bodies, analyzing this space of intersection between antitrust and anti-corruption under the aspect of the compensation for damages. Finally, we sought to establish whether the granting of a discount to signatories of TCCs who have also signed leniency agreements with other public bodies, involving the same infringements, complies with CADE's intention when implemented this benefit hypothesis, concluding that the discount for compensation for damages, in such cases, does not reach the results originally intended by CADE when it implemented the discount benefit.*

## 1. Introdução

A partir do fim de 2018, com a publicação de sua Resolução

21, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passou a incluir em alguns dos Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) por ele celebrados cláusula que prevê uma redução no valor da contribuição pecuniária devida pelos compromissários dos TCCs caso estes comprovem a reparação dos danos causados aos prejudicados pelo ato ilícito de infração à ordem econômica. Segundo o CADE, a possibilidade de redução, ou desconto por reparação de danos concorrenciais, consiste em uma ação de fomento à reparação voluntária de danos concorrenciais, bem como pretende equalizar, em certa medida, as desvantagens encontradas pelos prejudicados, tais como, por exemplo, custos do litígio, morosidade do Judiciário e assimetria de informação.

Posteriormente, no Documento de Trabalho "TCC na Lei 12.529/2011", publicado pelo próprio CADE, constatou-se que a cláusula de desconto por reparação de danos concorrenciais estava em sua maioria relacionada a repercussões da Operação Lava Jato na

seara concorrencial.[1] Esta constatação foi a provocação inicial para o desenvolvimento do presente estudo. A Operação Lava Jato – assim como outras investigações de corrupção na esfera pública – possui reflexos em diversos âmbitos, de forma que o dano concorrencial, neste caso, pode ser equivalente ao dano ao erário. Assim, sua reparação integral pode ser perseguida em diferentes instâncias, administrativas (como processo administrativo de responsabilização e tomada de contas especial) e judiciais (como ação por ato de improbidade administrativa e ação da Lei 12.846/2013), por diferentes atores (CGU, AGU, TCU, MP), e é inafastável mesmo quando celebrado acordo de leniência com os órgãos legitimados.

A partir desta constatação, o presente artigo propõe-se a investigar se, nos casos em que a infração à ordem econômica, objeto de TCC celebrado junto ao CADEcorresponde, simultaneamente, a um ato de corrupção, a concessão do desconto por reparação de danos concorrenciais, especialmente quando os compromissários dos TCCs celebram acordo de leniência com outros órgãos, cumpre a finalidade para a qual foi prevista a hipótese da Resolução 21/2018. Inicialmente, aventou-se a hipótese de que, nos casos em que a infração à ordem econômica corresponde também a um ato de corrupção – aqui considerado em sentido amplo e genérico -, o CADEestaria concedendo um benefício aos compromissários de TCCs pelo cumprimento de uma obrigação inafastável, até mesmo quando o ato ilícito é objeto de acordo de leniência, sem distinguir este cenário daquele em que o ilícito concorrencial gera danos a entes privados.

Para desenvolver a investigação proposta, primeiramente buscou-se compreender o contexto em que surgiu a previsão de desconto por reparação de danos concorrenciais, bem como identificar de que forma tal previsão é inserida, na prática, nos TCCs antitruste. A esse respeito, realizou-se levantamento de dados junto ao CADE, para que se pudesse analisar todos os TCCs celebrados pela autarquia que preveem a cláusula de desconto por reparação de danos concorrenciais, procurando estabelecer quantos, e quais, tinham por objeto ilícitos concorrenciais também tipificados como atos de corrupção. Esta contextualização e os

[1] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Documento de Trabalho "TCC na Lei 12.529/2011". Brasília: CADE, 2021. Consultora Pnud no Cade Carolina Saito. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>. Acesso em: 26 Abr. 2021.

resultados das análises qualitativa e quantitativa dos dados disponíveis são apresentadas nos Capítulos 1 e 2.

Em seguida, no Capítulo 3, partindo da premissa de que existe um espaço de intersecção entre antitruste e anticorrupção, optou-se por dar enfoque aos compromissários de TCCs que se beneficiaram do desconto por reparação de danos concorrenciais e que também celebraram acordos de leniência com outros órgãos, especificamente à Controladoria-Geral da União (CGU) e ao Ministério Público (MP), analisando este espaço de intersecção sob o aspecto da reparação do dano.

Por fim, no Capítulo 4 são feitas considerações sobre a concessão do desconto por reparação de danos, pelo CADE, a compromissários de TCCs antitruste que são também signatários de acordos de leniência com a CGU e/ou com o MP, analisando se ele atinge os fins previstos originariamente quando de seu surgimento.

## 2. Considerações sobre a reparação de danos concorrenciais e o desconto por reparação de danos em tccs celebrados pelo CADE

A ação de reparação de danos concorrenciais, que já encontrava previsão no art. 29 da Lei 8.884/94, atualmente está disposta no art. 47 da Lei 12.529/2011,[2] que manteve a redação da legislação anterior.[3] Em linhas gerais – pois o presente artigo não se propõe a discutir a natureza da norma[4] - trata-se de hipótese de responsabilidade civil, decorrente, portanto, do Código Civil,[5] e depende da demonstração do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade entre eles. Como, no âmbito antitruste, os signatários de acordos de leniência e os compromissários

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

[3] Acresceu, apenas, a menção a "inquérito" na parte final.

[4] Para este debate, ver TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, para quem o art. 47 corresponde a um "estatuto jurídico próprio", não se reduzindo à reparação de dano de que trata o Código Civil. (In. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, nov. 2013.)

[5] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

de TCCs não obtêm benefícios diretos na esfera cível, também eles estarão sujeitos a reparar os danos causados a terceiros em decorrência do ilícito concorrencial. A esse respeito, destaca-se que a reparação de danos concorrenciais não é um requisito para a celebração de acordos de leniência antitruste, nem de TCCs antitruste.[6]

Já os prejudicados são aqueles que sofreram os efeitos do ilícito concorrencial – no caso de cartel, "seja por terem adquirido diretamente os produtos do cartel, seja porque sofreram os efeitos do repasse do sobrepreço em razão de um cartel realizado em elo anterior da cadeia produtiva".[7] A depender do mercado em que foi praticado o ilícito, portanto, os prejudicados poderão ser pessoas físicas, pessoas jurídicas de direito privado ou pessoas jurídicas de direito público.

Nesse contexto, em 11 de setembro de 2018, foi publicada a Resolução 21 do CADE, que

> "disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Civis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC)".

[6] Pergunta 1 - Com relação à esfera civil, a Lei 12.529/2011 não impõe ao signatário do Acordo de Leniência a obrigação de ressarcir eventuais consumidores lesados como uma condição sine qua non para a celebração do Acordo de Leniência. Todavia, a lei também não exime o beneficiário da leniência de responder por danos concorrenciais em eventual ação civil pública e/ou ação privada de ressarcimento de danos movida em face do beneficiário da leniência e demais coautores. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade.** Brasília: CADE, 2016.

[7] CASELTA, Daniel Costa. Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-09112015-114806. Acesso em: 10 mai. 2021.

A ação de fomento de que trata a Resolução 21 consiste na possibilidade de a Superintendência-Geral do CADEe o Plenário do Tribunal do CADEconsiderarem

> "como circunstância atenuante, no momento do cálculo da contribuição pecuniária em sede de negociação de TCC [...] o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, considerada nos termos do art. 45, incisos V e VI da Lei 12.529/2011" (art. 12).

O mesmo vale para o momento da aplicação das penas previstas nos arts. 37 e 38 da Lei 12.529/2011, hipótese que também levanta questionamentos, mas que não é objeto da presente investigação.

A previsão encontrava-se inserida já na proposta original de resolução, objeto de Consulta Pública (nº 5) pelo CADEno ano de 2016, inspirada na experiência internacional, justificada pelos benefícios trazidos às partes lesadas. De acordo com a Superintendência-Geral do CADE:

> "Por fim, a terceira proposta adicional consiste em fomentar a reparação voluntária de danos concorrenciais por meio da possibilidade de redução da contribuição pecuniária ou da multa administrativa aplicada aos participantes da infração concorrencial que comprovarem o ressarcimento extrajudicial no âmbito das ações de reparação por danos concorrenciais, considerada nos termos do art. 45 da Lei 12.529, de 2011.
> Alternativas semelhantes foram adotadas, por exemplo, na União Europeia, no Reino Unido e na Alemanha. A Diretiva de 2014 da União Europeia (**2.2.**) estabelece que a autoridade de concorrência pode considerar os danos pagos decorrentes de acordo como um fator de mitigação antes de proferir decisão final de imposição de multa. No Reino Unido (**2.3.**), a nova Lei dos Direitos do Consumidor de 2015 estabeleceu o mecanismo da reparação voluntária para facilitar o ressarcimento de danos concorrenciais (denominado "voluntary redress scheme"[264]. Trata-se de um plano de reparação de danos civis sem que os consumidores lesados tenham que acionar o Judiciário, de modo que o participante do cartel que colaborar no âmbito da mediação terá reduzido o valor da multa imposta como forma de retribuir a parte disposta a indenizar os consumidores lesados. Por sua vez, na Alemanha[265] (**2.4.**), há sugestão

> jurisprudencial para a adoção de um procedimento bifásico, que divide a decisão do Bundeskartellamt em dois momentos: (i) uma decisão preliminar declaratória, que é seguida de um período designado para facilitar a celebração de acordos com consumidores lesados; e (ii) a decisão final, que considera tais acordos como um "bônus" no cálculo da multa administrativa final (desconto de 15%). Tal procedimento visa a diminuir os custos do litígio no Judiciário e a assimetria de informações enfrentada pelos consumidores lesados, e a favorecer o beneficiário da leniência na medida de sua cooperação.
>
> No Brasil, a colaboração do signatário e/ou compromissário traria benefícios inegáveis para os consumidores lesados, endereçando as questões de custos de litígio, morosidade do Judiciário e assimetria de informação. Em relação à situação dos participantes do cartel, sua colaboração refletiria na atenuação de sua responsabilidade administrativa e, eventualmente, também civil. Preferencialmente, tal colaboração deverá ser realizada e constatada antes da decisão final do Plenário do Cade acerca do Processo Administrativo em trâmite. Do ponto de vista do Programa de Leniência como um todo, a colaboração seria benéfica na medida em que tornaria os materiais de Acordos de Leniência e TCC menos valiosos aos olhos dos consumidores lesados, uma vez que transformaria a celebração de acordos consensuais antecipados em procedimento comum."[8]

Posteriormente, a Superintendência-Geral do CADEmanifestou-se no sentido de que o desconto na contribuição pecuniária insere-se no contexto de incentivo e reconhecimento de "iniciativas para a reparação dos danos decorrentes da infração contra a ordem econômica, alinhando a repressão de práticas anticoncorrenciais com a atuação de órgãos de diferentes esferas jurisdicionais", buscando "contribuir para (i) fomentar a reparação de danos concorrenciais no Brasil; (ii) articular a persecução pública e privada a condutas anticompetitivas; e (iii) fortalecer o instituto do TCC, pelo maior alinhamento da atuação do CADEem relação aos diferentes órgãos de controle, respeitando-se as suas competências".[9]

---

[8] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Nota Técnica 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X. Acesso em: 10 mai. 2021.

[9] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Nota Técnica 113/2019/CGAA7/SGA2/SG/CADE.** Processo 08700.007696/2017-76. Brasília: CADE, 2019.

Na 134ª Sessão de Julgamentos, realizada em 21 de novembro de 2018, foram analisados os primeiros TCCs com a cláusula de reparação de danos. Na ocasião, a Conselheira Cristiane Alkmin entendeu que a matéria ainda demandava maturação:

> "No tocante à inovadora cláusula de desconto por possível reparação de danos futura na esfera cível – cláusula que concede desconto de 15% futuro, caso terceiros venham pedir ressarcimento de dano privado contra as empresas cartelistas na Justiça –, é certo que esta consideração é uma forma de não haver uma penalização excessiva do infrator.
>
> A introdução deste tipo de cláusula inovadora, não obstante, requer, primeiramente, um amplo e profundo debate prévio, envolvendo o Tribunal, a SG e a sociedade, mediante consulta pública, identificando, se for o caso, o melhor marco normativo para regulamentar dita ideia (por exemplo, por meio de uma Resolução) para qualquer TCC e não somente para estes.
>
> Como, no entanto, as multas no âmbito do Cade não são ainda dissuasórias (como será visto mais adiante) e como não foi feito dita necessária discussão, incluir uma cláusula desta natureza, de modo ad hoc, em sede de alguns casos de TCCs no tocante a processos deveras importantes para o Brasil (pois são relativos à Lava Jato), cria um precedente extremamente perigoso e sobre um assunto que não está suficientemente amadurecido no Cade.
>
> Por esta razão, ainda que dita cláusula seja louvável, não sou favorável à sua inclusão de modo precipitado, sem antes passar por um amplo e profundo debate, sem ter um amparo legal previamente estabelecido e em momento inoportuno, uma vez que as multas do Cade ainda não podem ser ditas dissuasórias. Certamente, em sede destes 16 TCCs, não creio ser o momento adequado."

Por seu turno, o Conselheiro João Paulo de Resende foi contrário à cláusula por entender que "o mero ressarcimento do quanto aferido com a conduta não é suficiente para impedir que as Representadas voltem a cometê-la, ou para que outras empresas formem cartéis em licitações, em especial quando consideramos o baixo grau de detecção dessas condutas, bem como a subestimação do dano e os danos difusos e indiretos, que não podem ser mensurados".

Com a ressalva de entendimento destes dois Conselheiros, que votaram pela não concessão do desconto e, neste ponto, ficaram vencidos, foram homologados os primeiros TCCs que previram a cláusula de desconto por reparação de danos concorrenciais.

## 3. Panorama da inserção da cláusula de desconto por reparação de danos concorrenciais em tccs celebrados pelo CADE

Assim foi que, a partir de 2018, o CADE passou a admitir, em alguns TCCs, cláusula de desconto por reparação de danos, com fundamento legal no art. 45, V e VI, da Lei 12.529/2011,[10] e no art. 12 da Resolução CADE 21/2018.[11]

No Documento de Trabalho "TCC na Lei 12.529/11", Saito, ao analisar os 349 TCCs firmados entre 4 de julho de 2012 e 11 de dezembro de 2019, verificou que a cláusula de reparação constou em 18 TCCs, uso, segundo a autora, "incipiente (apenas 5% dos TCCs), tendo sido incorporada pela primeira vez em TCCs homologados no final de 2018 e sendo a maioria deles (16 entre os 18 Requerimentos) relacionada a investigações concorrenciais decorrentes da Operação Lava-Jato".[12]

No presente trabalho, buscou-se atualizar os dados levantados por Saito até os dias atuais. Para tanto, em 26/04/2021 realizou-se pesquisa pública na página eletrônica do SEI! (sistema de processo eletrônico utilizado pelo CADE), buscando por "desconto por reparação de danos concorrenciais" no campo "pesquisa livre" e filtrando os resultados por "documentos gerados". A partir dessa busca, foram identificados 23 TCCs.

---

[10] Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

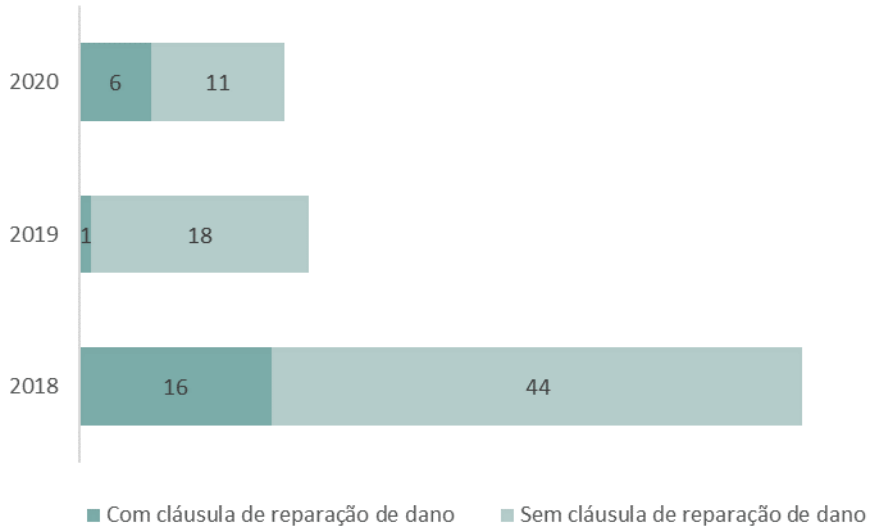
[11] Apenas um dos TCCs analisados apresenta como fundamento legal tão somente o art. 45, V, da Lei 12.529/2011 (Requerimento 08700.001880/2016-21).

[12] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Documento de Trabalho **TCC na Lei 12.529/2011**. Brasília: CADE, 2021. Consultora Pnud no Cade Carolina Saito. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

### 3.1. Ano de homologação do TCC

A maior parte deles foi homologada pelo Tribunal no ano de 2018 (16 dentre 23 TCCs com cláusula de desconto por reparação de danos), todos eles em uma única sessão, em 21 de novembro, isto é, poucos meses após a entrada em vigor da Resolução CADE 21. Apenas 1 TCC com cláusula de reparação de danos foi homologado em 2019, e 6 foram homologados em 2020. No mesmo período (2018 a 2020), o Tribunal do CADEhomologou 96 TCCs, sendo 17 em 2020, 19 em 2019 e 60 em 2018,[13] o que nos permite concluir pela baixa utilização da cláusula de reparação de danos nos TCCs celebrados (em menos de ¼ dos casos).

**Figura 1: TCCS homologados por ano**




Fonte: Elaboração da autora

### 3.2. Percentual de desconto

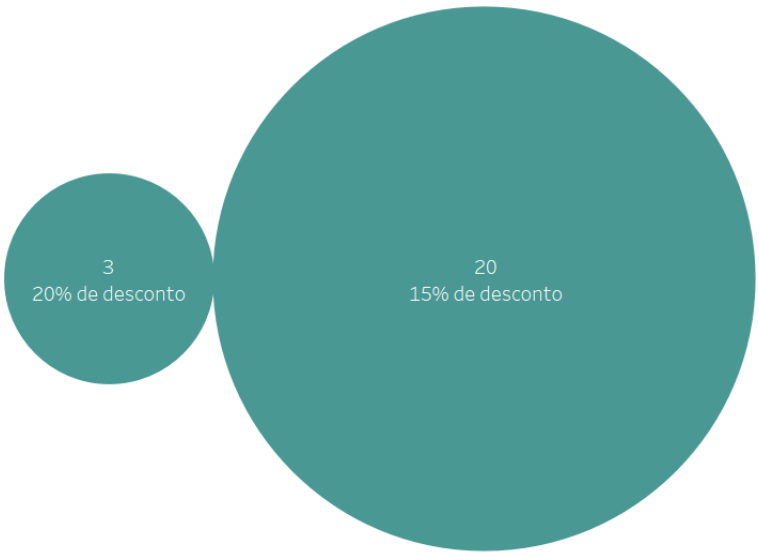
A quase totalidade deles (20 dentre os 23 TCCs com cláusula de desconto por reparação de danos) prevê uma redução de 15% no valor da contribuição pecuniária a ser paga pelos compromissários dos TCCs, se comprovada alguma das seguintes hipóteses: (i) o

[13] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **CADE em números**. Brasília: CADE, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/cade-em-numeros. Acesso em: 10 mai. 2021.

pagamento ou a celebração de acordo extrajudicial com o fim de ressarcimento por danos concorrenciais; (ii) o pagamento ou a celebração de acordo judicial com o fim de ressarcimento no âmbito das Ações Civis de Reparação por Danos Concorrenciais, se pertinente ao caso; (iii) a reparação do dano causado ao erário, conforme apurado pelas respectivas autoridades competentes, nos termos da Lei 12.846/2013; ou (iv) a celebração de acordo com o Ministério Público que contemple a reparação de danos causados pela conduta.

Em apenas 3 TCCs, a cláusula de reparação de danos prevê uma redução de 20% no valor da contribuição pecuniária. Em 2 deles, não foi dado acesso público à justificativa para a redução.[14] Em 1 deles, a redução se dará caso comprovada a celebração de acordo com outros órgãos que contemple a reparação de danos causados pela conduta.[15]

**Figura 2: Desconto concedido**




Fonte: Elaboração da autora

[14] "Cláusula 3.1.3. 3.1.3. Desconto por reparação de danos concorrenciais – Considerando o art. 45, incisos V e VI, da Lei 12.529/2011 e o art. 12 da Resolução 21, de 11 de setembro de 2018, o valor da contribuição pecuniária foi reduzido em 20%, uma única vez, visto que (ACESSO RESTRITO)." Requerimentos 08700.007696/2017-76 e 08700.005033/2017-17.

[15] Requerimento 08700.000714/2019-51.

### 3.3. Limite do desconto

Também a quase totalidade dos TCCs identificados (22 TCCs dentre 23 TCCs com cláusula de desconto por reparação de danos) possui cláusula no sentido de que "o desconto não poderá ser superior ao valor pago a título de ressarcimento judicial ou extrajudicial e/ou de multa e reparação integral do dano". Apenas 1 deles não expressa tal condição.[16]

### 3.4. Comprovação do ressarcimento

Ademais, 20 dentre 23 TCCs com cláusula de desconto por reparação de danos preveem que, "em caso de ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito das ações de reparação por danos concorrenciais, o regular cumprimento das obrigações será atestado pelo juízo competente, pelo juízo arbitral ou pelas vítimas em caso de procedimento ou acordo extrajudicial". Em 2 deles, a comprovação do ressarcimento se dará pela apresentação ao CADE, pelos compromissários, de cópia autenticada do comprovante de pagamento.[17] Apenas 1 TCC não dispõe sobre a comprovação da reparação de danos concorrenciais.[18]

### 3.5. Incidência do desconto e forma de atualização

Todos os 23 TCCs analisados dispõem que "o desconto incidirá sobre o valor total da contribuição". Em 20 deles, o valor total da contribuição será atualizado pela SELIC até a data da comprovação do pagamento, e, em 1 deles,[19] a atualização pela taxa SELIC se dará até a data da comprovação do pagamento e até a data em que efetivamente for aplicado. Ou seja, apenas 2 TCCs não dispõem sobre a atualização de valores pela taxa SELIC.[20]

[16] Requerimento nº 08700.000714/2019-51.
[17] Requerimentos nºs 08700.007696/2017-76 e 08700.005033/2017-17.
[18] Requerimento nº 08700.000714/2019-51.
[19] Requerimento 08700.005045/2016-61.
[20] Requerimentos 08700.007696/2017-76 e 08700.005033/2017-17.

### 3.6. Desconto por Acordo de Leniência

Alguns TCCs (14 dentre 23 TCCs com cláusula de desconto por reparação de danos) dispõem que "em caso de celebração do acordo de leniência com outros órgãos que contemple reparação de danos causados por fatos relacionados à conduta investigada nestes autos, incidirá o desconto previsto desde que cumpridas as obrigações estabelecidas no Acordo, devendo o compromissário comprovar sua regularidade junto ao CADE em até 60 (sessenta) dias antes do vencimento da parcela em que incidir o desconto". Outros 6 possuem a mesma cláusula, com pequena alteração na redação que torna o escopo mais amplo, pois estipulam que o desconto incidirá "em caso de celebração de acordo de leniência **ou congênere**". Em 1 deles[21], ao contrário, a alteração reduz o escopo, dispondo que o desconto incidirá em caso de celebração de "acordo de leniência **previsto na Lei 12.846/2013**". Apenas 2 TCCs não apresentam cláusula nesse sentido.[22]

### 3.7. Multa por descumprimento do Acordo de Leniência

Todos os 23 TCCs preveem multa correspondente ao dobro do valor do desconto obtido, corrigido pela SELIC, em caso de descumprimento posterior do acordo de leniência (ou congênere, quando aplicável, conforme a cláusula descrita no parágrafo anterior). Em 3 deles[23], faz-se menção a "descumprimento total" do acordo de leniência, o que nos permite interpretar no sentido de que, nos outros 20 TCCs, pode-se argumentar que o descumprimento, ainda que parcial, do acordo de leniência ensejaria a aplicação da multa.

### 3.8. Forma de aplicação da multa

Em todos os casos, "a multa será aplicada pelo Tribunal Administrativo do CADE após procedimento administrativo de apuração e deverá ser paga no prazo de 30 dias, sob pena de declaração de descumprimento total do Termo de Compromisso".

[21] Requerimento 08700.001880/2016-21.
[22] Requerimentos 08700.007696/2017-76 e 08700.005033/2017-17.
[23] Requerimentos 08700.008645/2016-81, 08700.003679/2016-89 e 08700.008245/2016-75.

### 3.9. Compromissários dos TCCs

Em relação aos compromissários, todos os 23 TCCs analisados foram firmados pelo com pessoas jurídicas e físicas, sendo que 7 pessoas jurídicas foram beneficiadas com a redução do valor da contribuição pecuniária com fundamento na cláusula de reparação de danos. Ou seja, na maioria dos casos há mais de 1 TCC celebrado pela mesma pessoa jurídica: 7 TCCs foram celebrados com a Construtora Norberto Odebrecht S.A., 5 com a Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A., 4 com a Construtora OAS S.A., 3 com a Andrade Gutierrez Engenharia S.A., 2 com a Getinge do Brasil Equipamentos Médicos Ltda., 1 com a Medartis Exportação e Importação Ltda., e 1 com a J. Malucelli Equipamentos Ltda. e a J. Malucelli Rental S.A.

### 3.10. Processo originário

Também na maioria dos casos, foi celebrado mais de 1 TCC referente a um mesmo processo (ou inquérito) administrativo originário. Os 23 TCCs analisados referem-se a 11 processos (ou inquéritos), sendo que em somente 4 processos foi celebrado apenas 1 TCC.

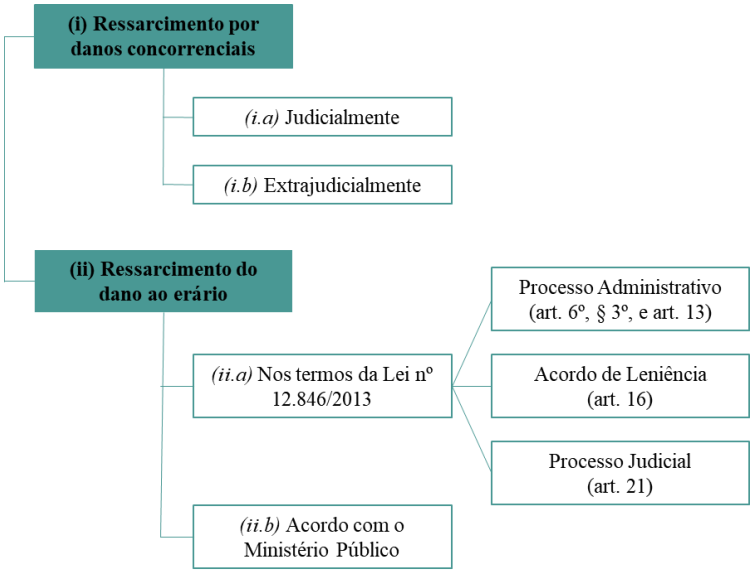
O Anexo 1 apresenta os resultados da análise dos 23 TCCs com cláusula de desconto por reparação de danos celebrados pelo CADE. No próximo capítulo, exploraremos as relações entre estes TCCs e acordos de leniência celebrados com a Controladoria-Geral da União, com fundamento na Lei 12.846/2013, e com o Ministério Público.

## 4. O encontro entre antitruste e anticorrupção pelo aspecto da reparação do dano

Da análise dos 23 TCCs, exposta no capítulo anterior, é possível verificar duas principais hipóteses de redução do valor da contribuição pecuniária devida pelo compromissário: (i) caso comprovado o ressarcimento por danos concorrenciais, (i.a) seja pela via judicial, (i.b) seja pela via extrajudicial; ou (ii) caso comprovado o ressarcimento do dano ao erário, (ii.a) tanto nos termos da Lei 12.846/2013, inclusive pela celebração de acordo anticorrupção, (ii.b) quanto pela celebração de acordo com o Ministério Público que contemple o ressarcimento. A hipótese (ii.a), do ressarcimento do dano ao erário nos termos da Lei 12.846/2013, isto é, da reparação de danos por atos lesivos praticados contra a administração

pública (ou atos de corrupção), pode ocorrer em sede administrativa (arts. 6º, § 3º e 13)[24], mesmo que com a celebração de acordo de leniência (art. 16, § 3º)[25], ou em sede judicial (art. 21).[26] Nestes casos, os prejudicados serão sempre pessoas jurídicas de direito público.

**Figura 3: Hipóteses para concessão do desconto**




Fonte: Elaboração da autora

[24] Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções:

§ 3º A aplicação das sanções previstas neste artigo não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado.

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

[25] Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

[26] Art. 21. Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.

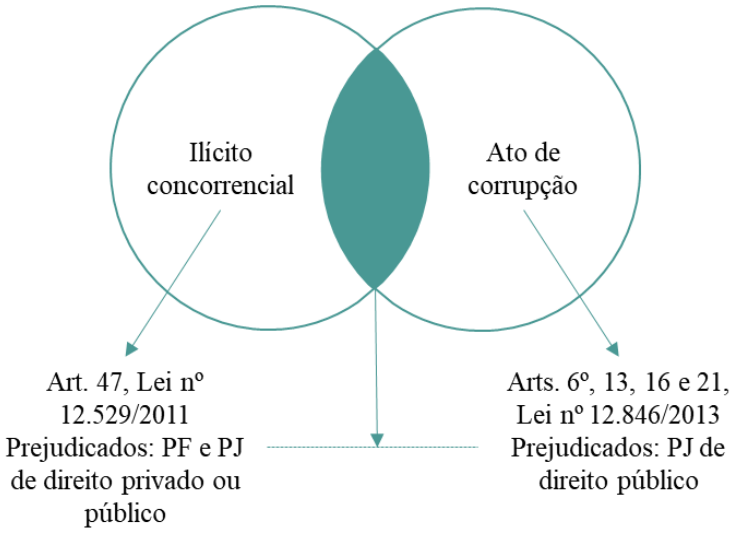
Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

Num primeiro momento, poder-se-ia entender que a hipótese (ii) não encontra respaldo na Resolução 21/2018, que trata expressamente do ressarcimento extrajudicial ou judicial no âmbito das ações de reparação por danos concorrenciais.[27]

Todavia, deve-se considerar o espaço em que as normas antitruste e anticorrupção se encontram: quando o ato ilícito danoso for, simultaneamente, uma infração à ordem econômica e um ato de corrupção, a exemplo dos cartéis em licitações públicas, haverá uma intersecção entre as normas, de forma que o prejudicado, no caso, a própria administração pública, poderá fundamentar a pretensão de reparação do dano tanto no art. 47 da Lei 12.529/2011, quanto nos arts. 6º e 13 (no caso de processo administrativo), no art. 16 (no caso de celebração de acordo de leniência anticorrupção) ou no art. 21 (no caso de processo judicial) da Lei 12.846/2013; ou o Ministério Público poderá celebrar acordo de leniência com previsão de reparação do dano causado ao erário. Nestes casos, entende-se ser possível a redução do valor da contribuição pecuniária caso haja a reparação do dano causado.

[27] Sobre o tema, D'Araújo aponta que "[a] previsão do artigo 12 é de que será considerado o ressarcimento extrajudicial ou judicial, devidamente comprovado, no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais, não havendo citação expressa quanto aos acordos de leniência com outros órgãos." (D'ARAUJO, Juliana Rafaela Sara Sales. O uso de Cláusulas de Desconto por reparação de danos concorrenciais em Termo de Compromisso de Cessação como instrumento de aperfeiçoamento da política de acordos do Cade com o fomento à persecução privada para reparação por danos concorrenciais. In: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico:** estudos teóricos. Brasília: Cade, 2021. p. 145-170. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/colet%C3%A2nea%20de%20artigos/VOLUME-01.pdf. Acesso em: 27 mai. 2021).

**Figura 4: intersecção entre ilícito concorrencial e ato de corrupção para fins de reparação de danos**




Fonte: Elaboração da autora

Nos casos analisados, foi possível identificar que todos os 23 TCCs dizem respeito a infrações contra a ordem econômica praticadas em licitações e contratos públicos, majoritariamente no mercado de obras e serviços de engenharia, confirmando a tendência verificada por Saito, segundo a qual 16 TCCs, entre os 18 identificados pela autora, estavam relacionados à Operação Lava-Jato.[28] Ou seja, os ilícitos concorrenciais objetos dos TCCs configuraram, concomitantemente, atos de corrupção na esfera pública.

Esta constatação nos permite concluir que os 23 TCCs analisados enquadram-se na hipótese (ii) para a concessão do desconto, isto é, se houver ressarcimento do dano ao erário, seja pelos termos da Lei 12.846/2013 (processo administrativo, acordo de leniência ou processo judicial), seja pela celebração de acordo de leniência com o Ministério Público com previsão de reparação do dano.

[28] 6 TCCs são relacionados a obras e serviços de engenharia na Petrobras, 3 a obras e serviços de engenharia referentes ao "PAC-Favelas", 3 a obras e serviços de engenharia na Valec, 2 a obras e serviços de engenharia relacionados à Copa do Mundo 2014.

Uma vez verificada que a infração à ordem econômica objeto dos TCCs analisados corresponde, simultaneamente, a um ato de corrupção, passa-se ao segundo momento da pesquisa, que consiste em identificar se as pessoas jurídicas beneficiadas com a redução do valor da contribuição pecuniária devida em razão da celebração de TCCs com o CADE, com fundamento na reparação de danos, celebraram acordos de leniência com outros órgãos.

Isso, porque se o ato ilícito causador do dano concorrencial é também um ato de corrupção, previsto na Lei 12.846/2013, o agente infrator tem a possibilidade de celebrar acordo de leniência anticorrupção com a Controladoria-Geral da União, nos termos do mesmo diploma legal. Há também a possibilidade de celebração de acordo de leniência com o Ministério Público[29], caso o ato ilícito que cause danos à administração pública esteja previsto em outras normas, como, por exemplo, a Lei 8.429/1993 (Lei de Improbidade Administrativa) ou a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos).

**Tabela 2 - celebração de acordo de leniência com outros órgãos pelos compromissários dos tccs com cláusula de desconto por reparação de danos**

| Pessoa Jurídica | TCCs no Cade (com cláusula de desconto por reparação de danos) | Acordo de Leniência CGU | Acordo de Leniência MP |
|---|---|---|---|
| **Construtora Norberto Odebrecht S.A.** | 08700.004341/2016-44<br>08700.007077/2016-09<br>08700.004337/2016-86<br>08700.008158/2016-18<br>08700.008159/2016-62<br>08700.005078/2016-19<br>08700.004137/2017-12 | ✓ | ✓ |
| **Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A.** | 08700.007078/2016-45<br>08700.008066/2016-38<br>08700.002014/2016-58 | X | ✓ |

[29] Antes da edição da Lei 12.846/2013 e mesmo após sua entrada em vigor, celebrou acordos de leniência em cujo escopo se incluía a prática de atos de corrupção envolvendo a administração pública. Na ausência de uma lei específica que garantisse ao Ministério Público tal competência, o órgão utiliza como base legal a Constituição, Convenções Internacionais, os Códigos Civil e de Processo Civil, as Leis 9.807/1999 (proteção a vítimas e testemunhas), 9.613/1998 (lavagem de dinheiro), 12.850/2013 (organizações criminosas), que dispõem sobre a colaboração em processos criminais; 7.347/1985 (ação civil pública), que dispõe sobre compromisso de ajustamento de conduta; 12.529/2011, que dispõe sobre o acordo de leniência no âmbito do CADE; e a própria Lei 12.846/2013.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | 08700.005045/2016-61<br>08700.004408/2017-21 | | |
| **Construtora OAS S.A.** | 08700.008223/2016-13<br>08700.008074/2016-84<br>08700.001880/2016-21<br>08700.004419/2017-10 | ✓ | X |
| **Andrade Gutierrez Engenharia S.A.** | 08700.008245/2016-75<br>08700.003679/2016-89<br>08700.008645/2016-81 | ✓ | ✓ |
| **Getinge do Brasil Equipamentos Médicos Ltda.** | 08700.007696/2017-76<br>08700.005033/2017-17 | X | ✓ |
| **Medartis Exportação e Importação Ltda.** | 08700.000714/2019-51 | X | X |
| **J.Malucelli Equipamentos Ltda./J.Malucelli Rental S.A.** | 08700.001940/2020-92 | X | ✓ |

Fonte: Elaboração da autora

Das 7 pessoas jurídicas beneficiadas com o desconto de reparação de danos no CADE, 2 celebraram tanto Acordo de Leniência Anticorrupção com a CGU, quanto Acordo de Leniência com o Ministério Público.[30] 1 celebrou somente Acordo de Leniência Anticorrupção com a CGU.[31] E outras 3 celebraram Acordo de Leniência somente com o Ministério Público.[32] Apenas 1 Compromissária de TCC no CADEnão celebrou Acordo de Leniência com outros órgãos, até o presente momento.[33] Essas informações foram obtidas a partir de dados públicos divulgados pela CGU e pelo MP em seus sítios eletrônicos.[34,35] Para os fins do presente artigo, assume-se que os acordos de leniência celebrados com a CGU e/ou com o MP abrangem os objetos dos TCCs celebrados com o CADE.

[30] Construtora Norberto Odebrecht S.A. e Andrade Gutierrez Engenharia S.A.

[31] Construtora OAS. S.A.

[32] Carioca Christiani-Nielsen Engenharia S.A., Getinge do Brasil Equipamentos Médicos Ltda. e J. Malucelli Rental S.A.

[33] Medartis Exportação e Importação Ltda.

[34] BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). Acordo de Leniência. Brasília: CGU, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia. Acesso em: 10 mai. 2021.

[35] BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República (PGR). **Painel Eletrônico Acordos de Leniência e de Colaboração Premiada.** Brasília: PGR, 2021. Disponível em: https://sig.mpf.mp.br/sig/servlet/mstrWeb?evt=3140&src=mstrWeb.3140&documentID=DE8159D411EA799D1A090080EF2586DD&Server=MSTRIS.PGR.MPF.MP.BR&Project=Unico&Port=0&share=1. Acesso em: 10 mai. 2021.

A partir da análise dos dados disponíveis, constatou-se que: (i) todos os TCCs que preveem a redução no valor da contribuição pecuniária estão inseridos no espaço de intersecção entre antitruste e anticorrupção; e (ii) 6 dos 7 compromissários de TCCs no CADEque se beneficiaram com a redução no valor da contribuição pecuniária celebraram acordo de leniência com outros órgãos. Cabe-nos, agora, estabelecer se, apesar de possível, a concessão do desconto por reparação de danos concorrenciais, especialmente quando os compromissários dos TCCs celebram acordo de leniência com outros órgãos, cumpre a finalidade para a qual foi prevista.

## 5. "Deu *match*"? Considerações sobre o desconto por reparação de dano causado por ato de corrupção

Conforme já exposto, o agente que pratica ato de corrupção previsto na Lei 12.846/2013 tem a possibilidade de celebrar acordo de leniência anticorrupção com a CGU. O mesmo diploma legal expressa, ainda, que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado (art. 16 § 3º), bem como deve estipular as condições necessárias para assegurar colaboração efetiva e resultado útil do processo (art. 16, § 4º).

A conjugação desses dispositivos permite interpretação no sentido de que, em que pese a reparação do dano não constar expressamente como requisito para a celebração de acordo de leniência anticorrupção, ela é uma das medidas para obtenção do resultado útil do processo e, portanto, deve ser exigida nos acordos celebrados. Essa interpretação tem prevalecido e, na prática, têm sido incluídos valores a título de reparação de danos (restituição de valores pagos a título de propinas e lucros obtidos indevidamente pelos signatários) nos acordos celebrados pela CGU.[36]

Com relação ao Ministério Público, órgão com o qual também se pode celebrar acordo de leniência, muito embora o MP não considere ser a reparação do dano ao erário um

[36] Sobre o tema: ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: teoria e prática CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP**, Editora Fórum; 1 ed, 2019. Cap. 4, "Do ressarcimento dos danos causados: um sétimo requisito?" p. 284-289.

requisito para a celebração de acordos de leniência[37], foi possível constatar que, na prática, nos acordos lá negociados estão previstos valores a título de reparação de danos.

Assim, como (i) todos os 23 TCCs antitruste que preveem o desconto por reparação de danos envolvem também a atos de corrupção, (ii) 6 dos 7 compromissários de TCCs antitruste que se beneficiaram com o desconto celebraram acordos de leniência com outros órgãos e (iii) nesses acordos a reparação de danos foi exigida, (iv) na prática, o CADE tem concedido desconto por reparação de danos a pessoas que obrigatoriamente pagarão valores a título de reparação de danos.

Em síntese, podemos concluir que a reparação do dano não é decorrência direta do TCC, mas sim do acordo de leniência celebrado com a CGU e/ou o MP, de forma que o CADE tem beneficiado os compromissários pelo cumprimento de uma obrigação negociada com outros órgãos.

A nosso ver, tal iniciativa se afasta da *ratio* da concessão do desconto, de fomentar a reparação voluntária de danos e beneficiar os prejudicados, "endereçando as questões de custos de litígio, morosidade do Judiciário e assimetria de informação",[38] quanto mais se as negociações no CADE e nos outros órgãos ocorreram concomitantemente.

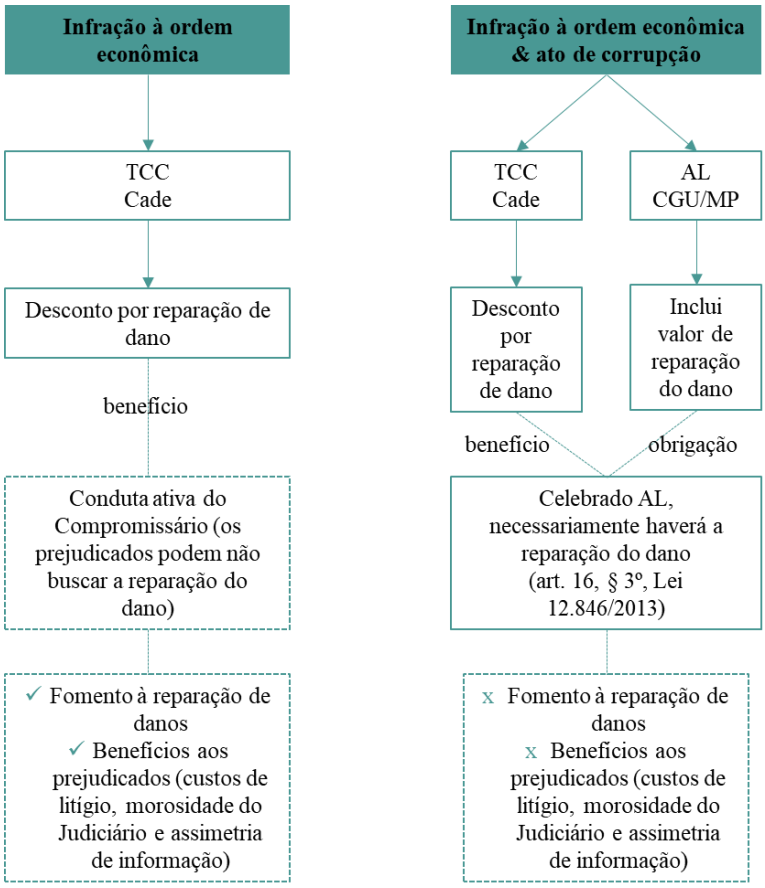
Nesses casos, como a obrigação de reparar o dano decorre do acordo de leniência celebrado com a CGU e/ou o MP, o TCC não é o agente catalisador da reparação do dano (principalmente se o acordo de leniência for anterior ou concomitante ao TCC), tampouco responsável pelo benefício ao prejudicado. É o próprio acordo de leniência que cumpre esses papéis. A figura a seguir busca ilustrar estas conclusões:

---

[37] Vide NOTA TÉCNICA N° 1/2017 – 5ª CCR: "Ou seja, o objetivo fundamental da leniência é angariar provas e não obter ressarcimento (ao menos no momento em que realizado o acordo). Portanto, o pagamento em dado caso concreto, pode ser apenas um adiantamento de caráter parcial do ressarcimento, que não dá quitação e não é requisito do próprio acordo". BRASIL. Ministério Público Federal. Brasília: MPF, 2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf. Acesso em: 10 mai. 2021.

[38] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X. Acesso em: 10 mai. 2021.

**Figura 5: Conclusões**




Fonte: Elaboração da autora

Uma abordagem distinta pode perquirir se a cláusula de reparação de danos em TCCs, nos casos em que há ato de corrupção envolvido, incentiva, em alguma medida, os compromissários a buscarem outros órgãos para a celebração de acordo de leniência, para que efetivamente possam usufruir do desconto. A resposta afirmativa pode sugerir que a cláusula de reparação é positiva para o Sistema Nacional de Combate à Corrupção. O caso da Medartis Exportação e Importação Ltda. pode jogar luz sobre a pergunta – até a data da conclusão deste trabalho, não se tem notícia da celebração de acordo de leniência pela empresa, beneficiária do desconto por reparação de danos no âmbito do CADE.

Outra abordagem possível, mas que também foge ao escopo do presente trabalho, é investigar o objeto dos demais TCCs homologados pelo CADE entre 2018 e 2020, que não possuem a cláusula de reparação de danos: quantos se referem somente a ilícitos concorrenciais e quantos se referem também a atos de corrupção? Os resultados podem ser úteis para avaliar

se a prática tem correspondido à intenção original do CADE, de fomentar a reparação voluntária de danos em benefício dos prejudicados, ou se beneficiam apenas o próprio compromissário pelo cumprimento de uma obrigação decorrente de acordo de leniência celebrado com outros órgãos, confirmando a constatação deste trabalho.

## 6. Conclusão

A Resolução CADE 21/2018, que prevê a possibilidade de, na celebração de TCCs, ser incluída cláusula que prevê uma redução no valor da contribuição pecuniária devida pelos compromissários caso estes comprovem a reparação dos danos causados aos prejudicados pelo ato ilícito de infração à ordem econômica, pretendeu fomentar a reparação voluntária de danos concorrenciais, bem como equalizar, em certa medida, as desvantagens encontradas pelos prejudicados, tais como, por exemplo, custos do litígio, morosidade do Judiciário e assimetria de informação.

O desconto por reparação de danos concorrenciais pode ter como premissa o ressarcimento do dano ao erário, representando uma das interfaces entre antitruste e anticorrupção, o espaço em que essas normas se encontram: quando o ato ilícito danoso for, simultaneamente, uma infração à ordem econômica e um ato de corrupção, a exemplo dos cartéis em licitações públicas, haverá uma intersecção entre as normas, de forma que o prejudicado, no caso, a própria administração pública, poderá fundamentar a pretensão de reparação do dano tanto no art. 47 da Lei 12.529/2011, quanto nos arts. 6º e 13 (no caso de processo administrativo), 16 (no caso de celebração de acordo de leniência anticorrupção) ou 21 (no caso de processo judicial) da Lei 12.846/2013; ou poderá ser celebrado acordo de leniência com o Ministério Público.

A partir destas considerações, aventou-se a hipótese de que, nos casos em que a infração à ordem econômica corresponde também a um ato de corrupção, o CADE estaria concedendo um benefício aos compromissários de TCCs pelo cumprimento de uma obrigação inafastável, até mesmo quando o ato ilícito é objeto de acordo de leniência, sem distinguir este cenário daquele em que o ilícito concorrencial gera danos a entes privados, e buscou-se estabelecer se, neste casos, a concessão do desconto por reparação de danos concorrenciais,

especialmente quando os compromissários dos TCCs celebram acordo de leniência com outros órgãos, cumpre a finalidade para a qual foi prevista.

Primeiramente, buscando compreender o contexto em que surgiu a previsão de desconto por reparação de danos concorrenciais, bem como identificar de que forma tal previsão é inserida, na prática, nos TCCs antitruste, foram realizados levantamento e análise de todos os TCCs celebrados pelo CADE até o ano de 2020 em que se inseriu a cláusula de desconto por reparação de danos concorrenciais, seguido da apresentação de um panorama de sua incidência e especificidades.

Uma das constatações foi que, em todos os 23 casos identificados, o desconto teve como premissa o ressarcimento de dano ao erário, seja nos termos da Lei 12.846/2013, seja pela celebração de acordo com o Ministério Público que contemple o ressarcimento, confirmando a hipótese inicial. Procurando verificar se haveria elo entre antitruste e anticorrupção sob este aspecto, num segundo momento foi realizado levantamento de dados disponibilizados pela CGU e pelo MP, identificando-se que 6 das 7 pessoas jurídicas que se beneficiaram do desconto no CADE eram também signatárias de acordos de leniência com esses órgãos, nos quais estavam previstos valores a título de reparação do dano ao erário. Para os fins deste trabalho, assumiu-se que os atos ilícitos noticiados nos TCCs eram abrangidos pelos acordos de leniência.

Portanto, (i) todos os 23 TCCs que preveem a redução no valor da contribuição pecuniária envolvem também a atos de corrupção; (ii) 6 dos 7 compromissários de TCCs no CADE que se beneficiaram com a redução no valor da contribuição pecuniária celebraram acordo de leniência com a CGU e/ou o MP; e (iii) nesses acordos a reparação de danos foi exigida.

A partir destes resultados, concluiu-se que a reparação do dano não é decorrência direta do TCC celebrado com o CADE, mas sim do acordo de leniência celebrado com a CGU e/ou o MP. Assim, na prática, o CADE – conscientemente ou não – tem beneficiado os compromissários de TCCs pelo cumprimento de uma obrigação negociada com outros órgãos, um benefício sem contrapartida aparente.

A nosso ver, tal iniciativa se afasta da *ratio* da concessão do desconto, de fomentar a reparação voluntária de danos e beneficiar os prejudicados, "endereçando as questões de

custos de litígio, morosidade do Judiciário e assimetria de informação",[39] quanto mais se as negociações no CADE e nos outros órgãos ocorreram concomitantemente.

Por essa razão, entende-se que não cumpre a finalidade precípua da norma a concessão do desconto àqueles compromissários de TCCs que são signatários de acordos de leniência com outros órgãos, envolvendo os mesmos atos e nos quais há previsão de pagamento de valores a título de reparação do dano.

A hipótese identificada e analisada no presente artigo em muito se difere dos casos de persecução privada para reparação por danos concorrenciais, em que se concede o benefício ao compromissário de TCC que busca, voluntariamente, reparar o dano para fazer jus ao desconto, ação de fomento e que beneficia os prejudicados (que obterão o ressarcimento sem o ajuizamento de ação judicial, ou que porá fim a ação judicial eventualmente em curso) – o que originalmente se propôs com a Resolução 21.

Em síntese, apesar de ser possível a redução do valor da contribuição pecuniária caso haja a reparação do dano causado ao erário, nos casos em que o ato ilícito danoso for, simultaneamente, uma infração à ordem econômica e um ato de corrupção, conceder o desconto em razão de acordo de leniência celebrado com outros órgãos não atende à finalidade da Resolução 21, sendo recomendável que o CADE tenha uma melhor definição das hipóteses de concessão do benefício e da fundamentação adequada para cada uma delas. Por fim, a autora sugere o desenvolvimento desta pesquisa sob outros aspectos, que poderão demonstrar, por exemplo, se a cláusula de reparação de danos em TCCs, nos casos em que há ato de corrupção envolvido, incentiva, em alguma medida, os compromissários a buscarem outros órgãos para a celebração de acordo de leniência, para que efetivamente possam usufruir do desconto. A resposta afirmativa pode sugerir que a cláusula de reparação é positiva para o Sistema Nacional de Combate à Corrupção. Outra abordagem possível é investigar o objeto dos demais TCCs homologados pelo CADE entre 2018 e 2020, que não possuam a cláusula de reparação de

[39] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X. Acesso em: 10 mai. 2021.

danos, de modo a avaliar se a prática tem correspondido à intenção original do CADE, de fomentar a reparação voluntária de danos em benefício aos prejudicados.

**Referências bibliográficas**

ATHAYDE, Amanda. **Manual dos Acordos de Leniência no Brasil**: teoria e prática CADE, BC, CVM, CGU, AGU, TCU, MP, Editora Fórum; 1 ed, 2019.

ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela. Ressarcimento voluntário de danos e acordos no Cade - O que isso significa para as ações de reparação de dano por conduta anticompetitiva no Brasil?. **Portal JOTA**, 10 dezembro. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/ressarcimento-voluntario-de-danos-e-acordos-no-cade-10122018. Acesso em: 10 Mai. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **CADE em números.** Brasília: CADE, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/cade-em-numeros. Acesso em: 10 Mai. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Documento de Trabalho **TCC na Lei 12.529/2011**. Brasília: CADE, 2021. Consultora Pnud no Cade Carolina Saito. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.52911/TCC%20na%20Lei%20n%C2%BA%2012.529-11.pdf. Acesso em: 26 Abr. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: CADE, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica 24/2016/CHEFIA GAB-SG/SG/CADE**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X. Acesso em: 10 Mai. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Nota Técnica 113/2019/CGAA7/SGA2/SG/CADE**. Processo 08700.007696/2017-76. Brasília: CADE, 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União (CGU). **Acordo de Leniência**. Brasília: CGU, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia. Acesso em: 10 Mai. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **NOTA TÉCNICA N° 1/2017 – 5ª CCR** Brasília: MPF, 2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/nt-01-2017-5ccr-acordo-de-leniencia-comissao-leniencia.pdf. Acesso em: 10 Mai. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República (PGR). **Painel Eletrônico Acordos de Leniência e de Colaboração Premiada**. Brasília: PGR, 2021. Disponível em: https://sig.mpf.mp.br/sig/servlet/mstrWeb?evt=3140&src=mstrWeb.3140&documentID=DE8159D411EA799D1A090080EF2586DD&Server=MSTRIS.PGR.MPF.MP.BR&Project=Unico&Port=0&share=1. Acesso em: 10 Mai. 2021.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel.** 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.Acesso em: 10 Mai. 2021.

CASER, Gabriel. Dos Acordos de Leniência do CADE e da CGU: Qual balcão é o mais atrativo?. **Revista de Defesa da Concorrência,** v. 8, n. 1, jun. 2013, p. 207-236. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/435/60. Acesso em: 10 Mai. 2021.

D'ARAUJO, Juliana Rafaela Sara Sales. O uso de Cláusulas de Desconto por reparação de danos concorrenciais em Termo de Compromisso de Cessação como instrumento de aperfeiçoamento da política de acordos do CADE com o fomento à persecução privada para reparação por danos concorrenciais. *In*: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico:** estudos teóricos. Brasília: Cade, 2021. p. 145-170.

Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/colet%C3%A2nea%20de%20artigos/VOLUME-01.pdf. Acesso em: 27 Mai. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 1, n. 2, nov. 2013.

FRAZÃO, Ana. Direito antitruste e direito anticorrupção: pontes para um necessário diálogo. *In* FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, Empresa e Mercado**. Brasília: Faculdade de Direito- UnB, 2017.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Responsabilidade civil por danos concorrenciais: a indenização em dobro e a não solidariedade dos infratores previstas no PLS 283/2016. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n. 1, 2019, p. 131-159.

REGO, Cristiane Roberta Franco da Cruz. **Reparação de danos como desestímulo à prática de cartel: uma abordagem prática.** 2018. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23909/Cristiane%20Rego%20FGV%20mestrado%20profissional%20biblioteca%20digital.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 10 Mai. 2021.

## Anexo 1: Resultados da análise dos TCCs com cláusula de desconto por reparação de danos

| Requerimento de TCC | (A) | (B) | (C) | (D) | (E) | (F) | (G) | (H) | (I) | (J) |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **08700.008223/2016-13** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (OAS) | 08700.007777/2016-95 |
| **08700.008074/2016-84** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (OAS) | 08700.007776/2016-41 |
| **08700.001880/2016-21** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ (AL Lei 12.846/2013) | ✓ | ✓ | PJ e PF (OAS) | 08700.002086/2015-14 |
| **08700.007696/2017-76** | 21/11/2018 | 20% | ✓ | ✓ | Sem informação sobre atualização | X | ✓ | ✓ | PJ e PF (Getinge) | 08700.002443/2017-14 |
| **08700.007078/2016-45** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Carioca) | 08700.006630/2016-88 |
| **08700.004341/2016-44** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Odebrecht) | 08700.007351/2015-51 |
| **08700.007077/2016-09** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Odebrecht) | 08700.006630/2016-88 |
| **08700.004337/2016-86** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Odebrecht) | 08700.002086/2015-14 |

| | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **08700.008066/2016-38** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Carioca) | 08700.007776/2016-41 |
| **08700.008245/2016-75** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ (AL ou congênere) | ✓ (descumprimento total) | ✓ | PJ e PF (Andrade Gutierrez) | 08700.007777/2016-95 |
| **08700.008158/2016-18** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Odebrecht) | 08700.007777/2016-95 |
| **08700.002014/2016-58** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Carioca) | 08700.002086/2015-14 |
| **08700.008159/2016-62** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Odebrecht) | 08700.007776/2016-41 |
| **08700.003679/2016-89** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ (AL ou congênere) | ✓ (descumprimento total) | ✓ | PJ e PF (Andrade Gutierrez) | 08700.001836/2016-11 |
| **08700.005078/2016-19** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Odebrecht) | 08700.001836/2016-11 |
| **08700.005045/2016-61** | 21/11/2018 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data em que aplicado | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Carioca) | 08700.001836/2016-11 |
| **08700.005033/2017-17** | 27/11/2019 | 20% | ✓ | ✓ | Sem informação sobre atualização | X | ✓ | ✓ | PJ e PF (Getinge) | 08700.003709/2017-38 |

| | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **08700.008645/2016-81** | 15/04/2020 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ (AL ou congênere) | ✓ (descumprimento total) | ✓ | PJ e PF (Andrade Gutierrez) | 08700.008352/2016-01 |
| **08700.000714/2019-51** | 15/04/2020 | 20% | X | X | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Medartis) | 08700.002443/2017-14 |
| **08700.001940/2020-92** | 09/12/2020 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ (AL ou congênere) | ✓ | ✓ | PJ e PF (J. Malucelli) | 08700.004248/2019-82 |
| **08700.004419/2017-10** | 09/12/2020 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ (AL ou congênere) | ✓ | ✓ | PJ e PF (OAS) | 08700.007277/2013-00 |
| **08700.004408/2017-21** | 09/12/2020 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ (AL ou congênere) | ✓ | ✓ | PJ e PF (Carioca) | 08700.007277/2013-00 |
| **08700.004137/2017-12** | 09/12/2020 | 15% | ✓ | ✓ | SELIC até data da comprovação do pagamento | ✓ | ✓ | ✓ | PJ e PF (Odebrecht) | 08700.007277/2013-00 |

* (A) Homologação; (B) Percentual Desconto; (C) Limite do Desconto; (D) Comprovação Ressarcimento; (E) Desconto incidente sobre total da contribuição; (F) Desconto por Acordo de Leniência; (G) Multa por descumprimento do AL; (H) Aplicação da multa pelo Tribunal; (I) Compromissários; e (J) Processo Originário.

Fonte: Elaboração da autora

# 18. QUAL O PESO DO CADE NAS AVALIAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO EM DEFESA COMERCIAL APÓS O DECRETO 10.044/2019 DA CAMEX? UMA ANÁLISE DOS PROCESSOS DE INTERESSE PÚBLICO ENTRE 2019 E JUNHO DE 2021

## *18. WHAT IS THE IMPORTANCE OF CADE IN PUBLIC INTEREST ASSESSMENTS IN TRADE DEFENSE AFTER CAMEX DECREE 10.044/2019? AN ANALYSIS OF PUBLIC INTEREST PROCESSES BETWEEN 2019 AND JUNE 2021*

Tanise Brandão Bussmann

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. DA MUDANÇA LEGISLATIVA APORTADA PELO DECRETO 10.044/2019, DO PAPEL DO CADE NA CAMEX E DA AVALIAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO. 2.1. Do papel do CADE na CAMEX. 2.2 Da avaliação de Interesse Público 3.DA PESQUISA EMPÍRICA SOBRE O POSICIONAMENTO DO CADE EM AVALIAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO ENTRE 2019 E ABRIL DE 2021 3.1. Metodologia 3.2 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Laminados Planos de Aço ao Silício (Aço GNO) e da decisão final da CAMEX(Julho/2020) 3.3 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Pneus de Carga e da decisão final da CAMEX(Outubro/2020) 3.4 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Pneus de Carga (China) e da decisão final da CAMEX(Novembro/2020) 3.5 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Tubos de Borracha Elastomérica e da decisão final da CAMEX(Dezembro/2020) 3.6 Breves notas sobre a manifestação do CADE no caso de Vidros Planos Flotados Incolores e da decisão final da CAMEX (Fevereiro/2021) 3.8 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Ácido Adípico e da decisão final da CAMEX(Março/2021) 3.9 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Acrilato de Butila pela (EUA) e da decisão final da CAMEX(Março/2021).3.10 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Acrilato de Butila pela África do Sul e Taipé Chinês) e da decisão final da CAMEX(Abril/2021) 3.11 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Magnésio Metálico pela China e da decisão final da CAMEX(Abril/2021)3.12 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Tubos para Coleta de Sangue a Vácuo e da decisão final da CAMEX(Abril/2021)3.13 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Filmes PET e da decisão final da CAMEX(Maio/2021)3.14 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Seringas Descartáveis e da decisão final da CAMEX(Junho/2021) 4.DA ANÁLISE DOS RESULTADOS E DA CONCLUSÃO 4.1. Há alinhamento entre a apresentação de QIP preliminar do CADE e a abertura de casos de IP pela SDCOM? 4.2 Há alinhamento entre a manifestação do CADE e a posição final da SDCOM? 4.3. Há alinhamento entre a recomendação final da SDCOM e a posição final do GECEX? 4.4.

Há alinhamento entre a manifestação final do CADE e a posição final do GECEX? 5. CONCLUSÃO 6. REFERÊNCIAS

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo verificar a existência ou não de alinhamento entre a decisão final da GECEX em processos de defesa comercial e interesse público com o parecer da SDCOM e com o posicionamento do CADE. Uma vez que a partir de 2019 o CADE passa a integrar o GECEX como convidado, em caráter permanente, seria possível que suas manifestações nos processos de interesse público influenciassem a decisão final pelo GECEX. Para tanto, a partir de uma metodologia empírica, partindo da coleta dos processos de interesse público, foram analisados todos os processos de Avaliação de Interesse Público encerrados em que houve manifestação do CADE entre 2019 e 30 de junho de 2021, para verificar o alinhamento ou não da decisão. Nota-se que a partir de meados de 2020 houve uma maior participação do CADE nos processos, e que a SDCOM sempre expõe os motivos de eventual discordância das manifestações do CADE. O CADE apresenta motivações de existência de interesse público que justificariam a suspensão ou alteração da medida de defesa comercial, sugerindo que, tal medida poderia trazer danos à concorrência, sendo este argumento apontado em 4 dos 7 casos em que houve a abertura de avaliação de interesse público. O posicionamento da SDCOM ao menos no parecer preliminar indica a existência de elementos que justifiquem as medidas de interesse público. Ainda, a decisão final do GECEX, na maioria das vezes, se justifica a partir da preservação da indústria doméstica. Nota-se, ao final, um grande alinhamento entre as recomendações da SDCOM e as decisões finais do GECEX, ao passo que não é possível identificar, ainda, tal alinhamento entre as manifestações do CADE e as recomendações da SDCOM, e consequentemente tampouco alinhamento entre as manifestações do CADE e as decisões do GECEX.

**ABSTRACT:** *This article aims to verify the existence or not of alignment between GECEX's final decision in commercial defense and public interest processes with SDCOM's opinion and with CADE's position. Since from 2019 CADE will join the GECEX as a permanent guest, it would be possible for its manifestations in public interest processes to influence the final decision by GECEX. To this end, based on an empirical methodology, based on the collection of public interest processes, all Public Interest Assessment processes closed in which there was a statement by CADE between 2019 and June 30, 2021, were analyzed to verify the alignment or not the decision. It is noted that from mid-2020 there was greater participation of CADE in the processes, and SDCOM always exposes the reasons for possible disagreement with CADE's manifestations. CADE presents reasons for the existence of public interest that would justify the suspension or alteration of the commercial defense measure, suggesting that such measure could harm competition, and this argument was pointed out in 4 of the 7 cases in which an interest assessment was opened public. SDCOM's position, at least in the preliminary opinion, indicates the existence of elements that justify the measures of public interest. Still, the GECEX's final decision, in most cases, is justified by the preservation of the domestic industry. In the end, there is a great alignment between SDCOM's recommendations and GECEX's final decisions, while it is not possible to identify, yet, such alignment between CADE's manifestations and SDCOM's recommendations, and consequently, no alignment between CADE's manifestations and GECEX's decisions*

## 1. Introdução

A defesa comercial e a defesa da concorrência são interfaces que apresentam similaridades e diferenças. Tais sissimulitudes podem apresentar distinções bastante acentuadas, o que já é esperado pela própria distinção do objeto. A defesa comercial, no escopo do mercado interno, está voltada para as ações dos diversos players nacionais e estrangeiros, principalmente no que tange as condições de concorrência entre eles. Ja a defesa da concorrência analisa o ambiente competitivo per se, independente da origem dos players.

Logo, a autoridade da defesa comercial pode definir medidas *antidumping* visando proteger a industrial local prejudicada pelo comércio exterior por conta do uso de *dumping* pelos players estrangeiros[1], ao passo que a autoridade concorrencial visa um aumento de bem-estar e de eficiência produtiva, em um cenário que pode ser relevante o comércio exterior[2].No entanto, apesar de muitas vezes a aplicação destas medidas de proteção comercial gerarem tensões entre os parceiros comerciais, além de também potencialmente trazer prejuízos ao comércio local[3].

Um argumento a favor da proteção comercial é a preservação da indústria local, muitas vezes em períodos iniciais de desenvolvimento, e sem condições de competir, pelo menos momentaneamente, em igualdade com as empresas estrangeiras já incumbentes no mercado que apresentam ganhos de escala com sua produção. Além claro, de práticas que podem ser consideradas danosas tanto para a autoridade concorrencial quanto da defesa comercial, como, por exemplo, cartéis ou preços predatórios.

As sinergias entre o direito *antidumping* e o direito comercial podem ser vistas em alguns autores[4], principalmente para o caso em que há problemas integrados entre o comércio internacional e a concorrência. Apesar de os âmbitos de incidência serem distintos[5].

---

[1] ARAUJO JR,José Tavares de. Legal and economic interfaces between antidumping and competition policy. **Série Comércio Internacional-CEPAL**. Division of International Trade and Integration Trad e Unit, 2001.

[2] Idem.

[3] Idem.

[4] MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS; Marc Antoni. Reconciliando o Direito Antidumping e o da Concorrência: a natureza jurídica como fonte da coexistência. **Revista de Defesa da Concorrência**. v.6, n. 2, 2018. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/414

[5] Idem.

Ao analisar as interseções, observa-se que a maior parte dos países participantes do *Free Trade Area of Americas* (FTAA), apresenta uma correlação positive entre a solicitação de medidas *antidumping* e a presença da autoridade concorrencial, sendo visualizado, para o autor, que a lógica é de fazer uso das duas políticas de forma ativa (tanto concorrencial quanto comercial) ou não usar nenhuma[6].

No caso do Brasil, há tanto a autoridade da defesa comercial quanto a concorrencial. As decisões relativas às medidas de proteção de mercado ocorrem pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), pelo Comitê-Executivo de Gestão (GECEX)[7]. Já a autoridade da concorrência é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sendo que as decisões ocorrem pelo seu Tribunal e pela Superintendência-Geral[8].

A partir da Lei de Defesa da Concorrência[9], nota-se que o interesse público deixou de utilizar na sua avaliação as cláusulas de interesse público, passando a focar apenas nas eficiências na sua decisão[10]. O que pode trazer vantagens, como uma menor suscetibilidade para a interferência de agentes externos na decisão[11].

No entanto, no âmbito da defesa comercial, a avaliação de interesse público ainda é uma temática muito importante. A avaliação de interesse público é disciplinada pela Portaria da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) no. 13/2020[12]. A partir de 2019, com a

[6] Idem.

[7] BRASIL. **Decreto 10.044 de 4 de outubro de 2019**. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior. 2019a. Disponível em https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.044-de-4-de-outubro-de-2019-220285177. Acesso em 10 de julho de 2021.

[8] BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei 9.78 de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 10 de julho de 2021.

[9] Idem.

[10] PIMENTA, Roberto.Considerações de interesse público no controle de concentrações. **Revista de Defesa da Concorrência**, v.8 n.2, 2020. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/528. Acesso em 10 de julho de 2021.

[11] Idem.

[12] BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais/Secretaria de Comércio Exterior.**Portaria 13, de 29 de janeiro de 2020**. Disciplina os procedimentos administrativos de avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial. 2020a. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-13-de-29-de-janeiro-de-2020-240570399.

modificação organizacional do Ministério da Economia[13], a Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) se tornou competente pelas avaliações de interesse público[14].

Ainda em 2019, houve outra modificação na CAMEX que fez com que o CADE passasse a integrar o GECEX como membro convidado. Sendo assim, a autoridade da concorrência é parte legítima para expor as preocupações concorrenciais nas decisões do GECEX. Por conta disso, o presente artigo tem como objetivo responder a seguinte pergunta: após a mudança de composição da CAMEX pelo Decreto 10.044/2019[15], que fez com que o CADE passasse a integrar a integrar como convidado, em caráter permanente, houve alinhamento entre o posicionamento do CADE, da SDCOM e do GECEX? A hipótese inicial é a posição do CADE tenha sido levada em conta na maioria dos casos analisados.

Para responder tal pergunta, o presente artigo se estrutura da seguinte forma: a seção 2 expõe de forma breve a estrutura da CAMEX e o procedimento de avaliação de interesse público. A seção 3 expõe a metodologia de pesquisa empírica do presente artigo e uma breve síntese de cada um dos processos analisados. Ao final, na seção 4, são expostos os resultados, comparando os posicionamentos do CADE com o parecer do SDCOM e a decisão final da GECEX, a fim de se avaliar a existência ou não de alinhamento entre tais autoridades.

[13] BRASIL. **Lei 13844, de 18 de junho de 2019.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nºs 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei 13.502, de 1º de novembro de 2017. 2019a.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm Acesso em 10 de julho de 2021.

[14] BRASIL. **Decreto 9.745, de 8 de abril de 2019**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. 2019b.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9745.htm. Acesso em 10 de julho de 2021.

[15] BRASIL. **Decreto 10.044 de 4 de outubro de 2019**. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior. 2019c.Disponível em https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.044-de-4-de-outubro-de-2019-220285177. Acesso em 10 de julho de 2021.

## 2. Da mudança legislativa aportada pelo Decreto 10.044/2019 e do papel do CADE na CAMEX

Esta seção está dividida em duas partes: a primeira, que expõe a participação do CADE na CAMEX (2.1) e, na sequência uma breve seção sobre a Avaliação de Interesse Público em Defesa Comercial (2.2).

### 2.1. Do Papel do CADE na CAMEX

A inserção do CADE na CAMEX ocorreu em outubro de 2019, com a inserção do CADE como convidado permanente desta câmara[16]. Desde este momento, ocorre a manifestação do CADE em casos em que o mesmo entende como necessário expor suas preocupações do ponto de vista concorrencial. Este fato, no ano de 2019, foi considerado um dos destaques do ano para o CADE[17]. A participação do CADE sugere que "o órgão se manifestará sempre que as medidas propostas possam ter impactos concorrenciais"[18] .

Em comentário, a Confederação Nacional da Indústria(CNI) entende que, apesar de um avanço, também seria necessária a inclusão de outros agentes no GECEX: "Visto que o CADE foi inserido, ainda que sem direito a voto, chama atenção que, de órgão externos, apenas a ótica concorrencial (de grande importância) esteja sendo levada em consideração"

No relatório de gestão de 2020 do CADE, já é exposta a relevância para esta autarquia na participação da CAMEX: "a atuação decisiva da autarquia no âmbito da CAMEX"[19].

[16]Op. Cit. 13.

[17] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Relatório de Gestão do CADE**. Processo SEI 08700.002135/2020-86. 2020b.

[18] CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. **Nova CAMEX: pontos de atenção e recomendações**, 2020.p.23. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/c2/cd/c2cdbb5d-e39a-4d0b-84c4-0caf7a380c16/nova_camex.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[19] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica .Relatório de Gestão do CADE. 2021, p.7.Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/auditorias/2020/Relatorio_Integrado_de_Gestao_2020.pdf. 2021a. Acesso em 10 de julho de 2021.

## 2.2. Da avaliação de Interesse Público em Defesa Comercial

A inserção da avaliação de interesse público em defesa comercial está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde 1995, tanto para o caso de *dumping*[20] quanto para o caso de medidas compensatórias[21] e salvaguarda[22]. Inicialmente, com a utilização da terminologia de "interesse nacional"[23]. Além dessa legislação de 1995, houve uma modificação em 2012, com a criação do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP)[24], seguida do protocolo para estas solicitações[25]. Em 2015, são publicadas duas resoluções acerca das avaliações de Interesse Público[26], sendo, neste período, a avaliação de responsabilidade da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, sendo que, em 2016, é modificada a secretaria responsável[27]. Em 2017[28] é editada uma nova resolução da CAMEX com prazos e diretrizes para a condução de análises. Em 2019 há uma alteração pela

[20] BRASIL. **Decreto 1.602, de 23 de agosto de 1995**. Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos, relativos à aplicação de medidas antidumping.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1602.htm. 1995a. Acesso em 10 de julho de 2021.

[21] BRASIL**. Decreto 1.751, de 19 de dezembro de 1995**. Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas compensatórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1751.htm. 1995b. Acesso em 10 de julho de 2021.

[22] BRASIL**. Acordo sobre Salvaguardas**. 1994. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/legislacao-roteiros-e-questionarios/acordo_sg.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[23] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Guias Processual e Material de Interesse Público**. 2020c. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/publicacoes-secex/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf. Acesso em 10 de julho de 2021.

[24] BRASIL. **Resolução CAMEX 13, de 29 de fevereiro de 2012**. Institui o Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público – GTIP.2012. Disponível em: www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1076-resolucao-n-13-de-29-de-fevereiro-de-2012

[25] Idem.

[26] BRASIL**. Resolução CAMEX 27, de 29 de abril de 2015**. Disciplina, no âmbito do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP), os procedimentos administrativos de análise de pleitos. 2015a.Disponível em: www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1490-resolucao-n-27-de-29-de-abril-de-2015 e BRASIL. **Resolução CAMEX 93, de 24 de setembro de 2015**. Dispõe sobre o roteiro para pedidos de suspensão ou alteração de medidas antidumping e compensatórias definitivas, bem como de não aplicação de medidas antidumping e compensatórias provisórias, por razões de interesse público.2015b. Disponível em: www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1559-resolucao-n-93-de-24-de-setembro-de-2015 Acesso em 10 de julho de 2021.

[27] Op. Cit. 23.

[28] BRASIL. **Resolução CAMEX 29, de 07 de abril de 2017.** Disciplina, no âmbito do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP), os procedimentos administrativos de análise de pleitos. Disponível em: http://camex.gov.br/component/content/article/62-resolucoes-da-camex/em-vigor/1847-resolucao-n-29-de-07-de-abril-de-2017. Acesso em 10 de julho de 2021.

modificação ministerial, passando às avaliações de interesse público a serem realizadas pela SDCOM[29].

De acordo com a Portaria 13 de 29 de janeiro de 2020[30], a avaliação de interesse público avalia a ocorrência de elementos para justificar modificações de medidas *antidumping*. Conforme a referida portaria:

> "A avaliação de interesse público tem por objetivo avaliar a existência de elementos que excepcionalmente justifiquem a suspensão ou a alteração de medidas *antidumping* definitivas e compensatórias provisórias ou definitivas, bem como a não aplicação de medidas *antidumping* provisórias."[31]

Haverá interesse público quando ao utilizar uma medida de defesa comercial, esta apresentar potencialmente um dano maior do que os efeitos positivos decorrentes da medida de defesa comercial[32].

O processo de interesse público ocorre em paralelo com a investigação de *dumping* ou subsídios, ou ainda, na revisão de final de período de medida compensatória ou *dumping*[33].Ainda, as conclusões da SDCOM em seu parecer preliminar terão como base informações trazidas que foram trazidas pelas partes interessadas ou pelos membros dos GECEX aos autos. De acordo com a referida lei, o preenchimento dos questionários de interesse público deve ocorrer em até 60 dias da publicação das conclusões preliminares para que sejam passíveis de consideração na decisão final[3435].

As conclusões preliminares serão utilizadas como subsídio para se comprovados indícios de interesse público, a abertura da avaliação de interesse público. Para que seja considerada a abertura, é necessário que as partes interessadas informem "na narrativa dos seus

[29] Op. Cit. 14.
[30]Op. Cit. 12.
[31] Op. Cit. 12..
[32] Op. Cit. 12..
[33] Op. Cit. 12..
[34] Op. Cit. 12.
[35]Op. Cit. 22, graficamente em p. 88 e 91.

fatos e fundamentos, indícios de interesse público e/ou elementos mínimos de inteligibilidade" [36].

A elaboração do parecer final SDCOM é embasado nas respostas dos questionários enviados em tempo hábil. Dentre as recomendações, as possibilidades de recomendação são: suspensão da exigibilidade do direito *antidumping* definitivo ou de compromissos de preços, por 1 ano e uma prorrogação; a não aplicação do direito *antidumping* provisório; a homologação de compromisso de preços ou a aplicação de direito *antidumping* definitivo em valor distinto do recomendado; aplicação de direito compensatório em valor distinto do recomendado provisória ou definitivamente. O valor de direito *antidumping* ou compensatório recomendado será menor que a margem de *dumping* ou subsídios acionáveis apurados. Caso a determinação seja negativa, é possível o encerramento por perda de objeto da avaliação. Para os casos de suspensão, após o período poderão ser solicitadas reaplicações. Após a conclusão do processo, há a emissão do parecer final e envio para o GECEX, que é o responsável para deliberar sobre a Análise de Interesse Público[37].

No caso brasileiro, analisando o período de 1995 a 2019, foi possível visualizar que houve um aumento no número de casos ao longo do tempo. Desde 2012, o número mínimo de processos de interesse público decididos ficou em 4, para o ano de 2017, sendo que, em 2013, houve a decisão de 20 processos[38]. Dentre as origens, nota-se que de 1995 a 2019, a grande maioria dos processos tinha como origem a China[39], com 36 produtos, bastante distante do seguindo lugar, os Estados Unidos da América (EUA), com 13 produtos.

Em 2020, no âmbito da SDCOM foram iniciadas 6 investigações de interesse público, bem como 7 revisões de final de período, sendo 4 mediante questionário e 3 *ex officio*, bem como, houve 3 pedidos de prorrogação.[40]Ainda, foram recebidos 8 questionários, sendo 2 indeferidos e os outros 6 aceitos.

---

[36] Op. Cit. 12.
[37] Op. Cit. 12.
[38] Op. Cit. 22.
[39] Op. Cit. 22.
[40] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Estatísticas Quadrimestrais da Defesa Comercial e Interesse Público**. Jan/Dez 2020. 2020d. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/estatisticas-quadrimestrais2020d. Acesso dem 10 de julho de 2021.

Em relação ao procedimento da Avaliação e Interesse Público, nota-se que antes da abertura da avaliação preliminar, há a análise pelo SDCOM das informações constantes na petição para, a partir delas, iniciar esta etapa do processo e então divulgar aos interessados o questionário de interesse público para manifestação preliminar. Então, de acordo com as evidências encontradas, há a decisão sobre a abertura da avaliação de interesse público e, caso o processo tenha chegado a esta etapa há um novo espaço para manifestação dos agentes e então deliberação sobre a matéria, no parecer da SDCOM e, caso a SDCOM sugira uma medida, há a deliberação desta pelo GECEX. Ainda, muitas vezes por conta dos prazos e suas prorrogações, muitas vezes os processos acabam demorando mais de 1 ano desde a abertura até a conclusão.

Esta seção buscou contextualizar a participação do CADE nas avaliações de interesse público e também o próprio procedimento de avaliação de interesse público no âmbito da SDCOM.

## 3 Da pesquisa empírica sobre as manifestações do CADE em avaliações de interesse público em defesa comercial entre abril de 2019 e abril de 2021[41]:

Nesta seção é apresentada inicialmente a metodologia utilizada, seguida de um breve resumo de cada um dos casos em que houve participação do CADE. Em cada uma das avaliações são expostos os argumentos do relatório da SDCOM, do CADE e a conclusão do processo.

### 3.1. Metodologia

A pesquisa empírica consistiu no uso das informações disponibilizadas no sítio da SDCOM entre 2019 e 2021[42]. Neste período, foram concluídos 36 processos de revisão ou de investigação inicial de interesse público. Ainda, nota-se que o número de medidas de interesse público pode ser superior, uma vez que é possível, por exemplo, que um processo esteja

[41] Para 2021, foram considerados os seis processos que estavam disponíveis no site da SDCOM em 30 de junho de 2021.

[42] https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/avaliacoes-de-interesse-publico-encerradas. Acesso dem 10 de julho de 2021.

relacionado a mais de uma origem e, de acordo com as conclusões, é possível que haja medidas distintas para cada origem, caracterizando assim mais de uma medida relacionada com um processo.

Ainda, o mesmo processo pode tramitar mais de uma vez no período, caso tenha havido uma nova revisão. É o caso do Aço GNO, que recebeu uma alteração de medida *antidumping* por motivo de interesse público e, em 2020, este mesmo processo apresenta a manutenção da alteração da medida. O mesmo ocorre com Tubos de Ferro Fundido, sendo que, em 2019, este processo não teve manifestação do CADE, havendo quando da tramitação em 2020.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a leitura aos processos de Interesse Público em que constava a manifestação do CADE. Nota-se que a participação foi crescente: em 2019, o CADE não se manifestou em nenhum processo de interesse público, ao passo que em 2020, houve 7 manifestações. No primeiro semestre de 2021, houve a manifestação em 8 dos 9 processos concluídos, conforme pode ser visualizado no gráfico 1. Ainda, em muitos processos de revisão, cuja medida foi iniciada em 2019 ou mesmo antes, houve a manifestação a posteriori da definição do caso. É o caso, por exemplo, do Aço GNO, que apresentou uma decisão em 2019 e sua revisão em 2020. Ainda, em alguns casos cuja decisão saiu em 2021, a manifestação do CADE ocorreu em 2020.

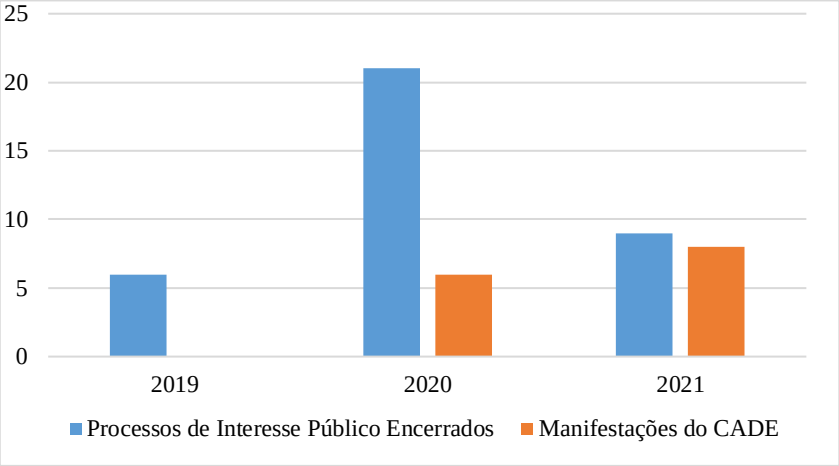
No primeiro semestre de 2021, dos 9 processos encerrados, em 8 houve manifestação do CADE (ou seja, em apenas um processo não apresentou com parecer do CADE). Passaram a ocorrer manifestações ainda na fase da Análise de Interesse Público Preliminar neste último ano.

Devido aos prazos, é possível que para alguns processos de 2019 o CADE ainda não estivesse inserido no GECEX, e, em função disso, não fosse parte qualificada para opinar nos processos de avaliação de interesse público. Esta informação é relevante pois, nesta situação, já é esperada uma crescente participação do CADE uma vez que ele passa a ter essa possibilidade de manifestação como parte interessada a partir de 2019.

Além destes casos, foram identificadas participações em casos que ainda estão em andamento, muitas vezes com a manifestação ainda na análise preliminar de interesse público como é o caso de Anidrido Ftálico e Cilindros para GNV. Neste sentido, uma vez que a

investigação destes casos ainda não foi concluída, não é possível responder se o posicionamento do CADE estará em conformidade com o posicionamento da SDCOM e do GECEX e, por este motivo, estes casos não foram levados em conta na análise.

**Gráfico 1 – Processos de avaliação de interesse público**




Fonte: Elaboração Própria a partir da SDCOM[43]

São 14 os processos de avaliação de interesse público que contam com resposta do questionário pelo CADE. Destes processos, o processo de Não-Tecidos não foi considerado, sendo este, no período, o único processo encerrado por conta da inconsistência de informações pela peticionária deste processo[44]. Além disso, também não foi considerado o processo de tubos de ferro fundido. Uma vez que o questionário do CADE não consta na versão pública do processo e somente seria possível inferir sobre o posicionamento deste Conselho, pois, de acordo com a SDCOM, o CADE em sua manifestação "teria por objetivo acrescentar informações e análises sobre os efeitos concorrenciais da aplicação de direito *antidumping* e

[43] Para 2021, foram considerados os nove processos que estavam disponíveis no site da SDCOM em 30 de junho de 2021.

[44] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100226/2020-01. 2020e.

avaliar a necessidade de suspensão desse direito com base em avaliação de interesse público" e, através de tal afirmação, não seria possível, entender o posicionamento do CADE[45].

### 3.2. Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Laminados Planos de Aço ao Silício (Aço GNO) e da decisão final da CAMEX(Julho/2020)[46].

No caso de Laminados Planos de Aço ao Silício (Aço GNO) originárias da China, Coréia do Sul, Taipé Chinês e Alemanha houve a abertura de processo em 19 de Abril de 2019, sendo que, em 12 de Julho de 2019, com a recomendação para alteração das medidas *antidumping* vigentes para importadores que receberam o questionário de Interesse Público e optaram por não se manifestar e para outros exportadores não identificados, com a manutenção dos valores para as empresas que receberam e colaboraram e também para as empresas que não exportam, e, por conta disso não receberam o questionário de interesse público.

A manifestação do CADE ocorre em 9 de junho de 2020, em que é exposta que há uma única produtora nacional de Aço GNO, sendo que, para suprir a demanda nacional, é necessário importar parte da produção. Além disso, para transformar o aço nacional para o padrão internacional, há custos adicionais. A empresa referida também foi alvo de um termo de cessação de conduta (TCC) visando a não discriminação de distribuidores de aço em favor da rede própria desta. Para o CADE, há motivos que sugerem a suspensão das medidas *antidumping*:

> "As características do mercado de aço GNO, notadamente a existência de um único produtor nacional que não atende toda a demanda nacional, não investe em expansão de capacidade e na diversificação de sua produção, afetando os custos de produção de mercados a jusante indicam a necessidade da suspensão de medidas *antidumping* por razões de interesse público."[47]

[45] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100136/2019-78. 2019f.

[46] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100359/2019-35. 2019g.

[47] Op. Cit. 45.

No entanto, a manifestação do CADE ocorreu posteriormente ao dia 22 de maio de 2020, que foi a data limite para recebimentos de manifestações e, por este motivo, não houve a consideração da mesma pela SDCOM, no seu parecer de 2 de julho de 2020, que também indicou que no período não foram verificadas modificações relevantes no mercado. Ainda, foi sugerida pela SDCOM a manutenção das medidas, conforme os valores já expostos no parecer. Este resultado é corroborado na decisão do GECEX, em 14 de julho de 2020.

### 3.3. Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Pneus de Carga e da decisão final da CAMEX(Outubro/2020)[48]

A abertura do processo administrativo para os Pneus de Carga originários da África do Sul, Coréia, Rússia, Japão, Tailândia e Taipé Chinês iniciou em 21 de novembro de 2019, com a Circular 63 da SDCOM. Este é um processo de revisão.

Neste caso, na manifestação do CADE foi explicitado que não havia indícios relativos à diminuição da concorrência com as medidas *antidumping* em curso e, portanto, para este órgão, não havia a necessidade de suspensão do direito *antidumping* por motivos de interesse público[49].

Em outubro de 2020, há a manifestação da SDCOM, sugerindo que neste caso não fosse iniciada a investigação de interesse público, uma vez que preliminarmente não foi possível verificar um impacto significativo na oferta de Pneus de Carga no mercado nacional. Neste sentido, nota-se que as duas contribuições apresentam um alinhamento, uma vez que por não haver início não haveria a suspensão da medida por motivos de interesse público. Sendo assim, não há suspensão ou alteração por interesse público neste caso, havendo a manutenção da medida de proteção comercial.

[48] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo 19972.102473/2019-08 . 2019g.

[49] Neste caso, não foi encontrada a manifestação do CADE, sendo, portanto, utilizada a informação do relatório da SDCOM.

### 3.4. Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Pneus de Carga (China) e da decisão final da CAMEX (novembro/2020)[50]

Neste caso, a manifestação em 30 de abril da SDCOM para a abertura de análise preliminar de interesse público no processo de revisão de *antidumping* de Pneus de Carga da China. Este produto já tinha medida *antidumping* desde 2009, sendo revisado em 2015. A recomendação preliminar da SDCOM é de que a retirada do direito *antidumping* faria com que o *dumping* fosse retomado e, portanto, houvesse dano no mercado brasileiro.

O CADE se manifesta em 9 de julho de 2020, expondo que no Brasil há 5 principais fabricantes, sendo que, além da China, em 2015 outros países também foram afetados pelas medidas *antidumping*. Ainda, após este período, notou-se que houve aumento das vendas e diminuição dos preços. O CADE entende não perceber indícios de restrição da concorrência no período de vigência das medidas *antidumping*, entendendo, portanto, que não haveria a necessidade de suspender tais medidas por interesse público.

Neste sentido, a SDCOM em seu parecer, apresenta alinhamento com a posição do CADE, indicando, neste caso, a não realização da análise de interesse público para este produto. Ainda, a SDCOM cita com os mesmos argumentos a rivalidade como uma das características da indústria local, fazendo com que não fosse suspensa ao alterada as medidas por conta de interesse público.

### 3.5. Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Tubos de Borracha Elastomérica e da decisão final da CAMEX (dezembro/2020)[51]

Para os Tubos de Borracha Elastomérica oriundos da Alemanha, Emirados Árabes e da Itália, o início do processo ocorreu em junho de 2020, com a Circular 40. Observou-se que a medida *antidumping* foi capaz de reduzir as importações das origens gravadas. No entanto, também se apresentou indícios que uma vez a medida seja extinta, o retorno das importações destas origens será a preços de *dumping*.

[50] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo 19972.100695/2020-11. 2020f.

[51] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.101039/2020-36. 2020g.

O CADE se manifestou na presente avaliação, expondo que existe apenas uma produtora no Brasil deste produto, e no período em que há vigência das medidas *antidumping* (desde 2015) houve um aumento no mercado doméstico (15,5%), sendo que houve uma redução dos custos de produção de 17,1%, porém, a redução final no produto ficou em apenas 5,1%. Para o CADE, esta empresa se beneficia da redução das participações das importações, de forma a se apropriar da maior parte da redução dos custos de produção. Para o CADE, deveria haver a suspensão das medidas de interesse público por este motivo, visando uma ampliação da concorrência no mercado brasileiro.

Em 10 de Dezembro de 2020, há o despacho no caso em tela, que sugere a não abertura de avaliação de interesse público, por conta da ausência de elementos. Quanto à manifestação do CADE, entendo que não havia uma narrativa de fatos e fundamentos ou indícios, o pleito foi indeferido. Sendo assim, não há suspensão ou alteração por interesse público neste caso, havendo a manutenção da medida de proteção comercial. Neste caso, não foi possível notar o alinhamento entre a manifestação do CADE e a decisão da SDCOM.

### 3.6. Breves notas sobre a manifestação do CADE no caso de Vidros Planos Flotados Incolores e da decisão final da CAMEX (fevereiro/2021)[52]:

O processo de revisão de final de período das medidas *antidumping* aplicadas sobre Vidros Planos Flotados Incolores originado da Arábia Saudita, da China, Egito, dos Emirados Árabes, EUA e México foi iniciada pela SDCOM em 18 de dezembro de 2019.

O CADE se manifestou duas vezes: inicialmente, indicando que, devido ao elevado nível de concentração do mercado, haveria uma tendência de aumento dos preços domésticos caso a medida fosse aprovada. No entanto, esta autarquia recebeu a manifestação da Associação Brasileira das Indústrias de Vidro bem como de um estudo realizado pela Tendências Consultoria e, com essas novas manifestações, o CADE modificou sua posição, entendendo pela não existência de questões comerciais para que a posição inicial de suspensão de medidas

[52] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo 19972.102717/2019-44. 2019h.

*antidumping* fosse mantida. Houve a mudança de posicionamento do CADE, passando a se posicionar a favor da manutenção da medida de defesa comercial.

O GECEX, em 18 de fevereiro, na resolução 160, mantém a medida *antidumping* pelo período de até 5 anos. Este resultado também é encontrado no parecer de avaliação final de interesse público, que indica a não existência de indícios que levaram a um aumento de preços no mercado interno, bem como, pelo fato do mercado consumidor interno ser suprido pela produção local, tal medida não levaria a um desabastecimento. Nota-se, portanto, que neste caso houve um alinhamento entre a conclusão do CADE, da SDCOM e do GECEX. A medida está vigente até 2025.

### 3.8. Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Ácido Adípico e da decisão final da CAMEX (março/2021)[53]:

O processo de revisão das medidas *antidumping* aplicadas sobre Ácido Adípico oriundas da Alemanha, Itália, França, China EUA em 30 de março de 2020. O CADE se manifesta em 9 de lunho de 2020. O CADE, em sua manifestação, informa que há uma única produtora no Brasil do Ácido Adípico, e que, desde que há a aplicação das medidas, há uma redução dos custos de produção sem redução do preço de venda, sugerindo que houve a apropriação pela empresa dos custos. O CADE sugere, portanto, a suspensão das medidas.

A SDCOM em 19 de outubro de 2020, indica que, apesar da indústria nacional ter uma participação elevada no mercado, nota-se que o preço não se descolou em relação a outros países exportadores. Ainda, ao levar em conta os níveis de preço não é possível observar indícios de abuso para a indústria doméstica. Quanto à argumentação do CADE, a SDCOM informa que não foram trazidos por esta autoridade outros elementos ou dados deste mercado em específico na análise.

No parecer final da SDCOM de 16 de março de 2021, entendendo que a medida não trouxe perda de qualidade e variedade, nem restrições ou risco da oferta nacional, bem como é possível vislumbrar a entrada de competidor externo de oura localidade, sugerindo,

[53] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo 19972.100556/2020-98. 2020h.

portanto, a manutenção da medida. Esta sugestão é acatada na decisão mantida pelo GECEX em 30 de março de 2021, prorrogando por até 5 anos as medidas *antidumping*, sem suspensão ou alteração por motivos de interesse público. Neste caso, há uma contrariedade entre a manifestação do CADE e a sugestão da SDCOM no seu parecer e na decisão da GECEX. No entanto, deve-se observar que há uma indicação da SDCOM de que tal decisão foi corroborada pela ausência de informações adicionais pelos agentes, por exemplo, pelo CADE que apresentou uma posição contrária.

### 3.9 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Acrilato de Butila pela (EUA) e da decisão final da CAMEX (março/2021)[54]

Este processo diz respeito à revisão da medida *antidumping* aplicado ao Acrilato de Butila proveniente dos EUA, aberto em 17 de dezembro de 2019. Em 21 de Outubro de 2020, há a abertura da avaliação de interesse público, indicando a existência de indícios de que a medida vigente impactou o mercado interno, e buscando o aprofundamento, faz a abertura da análise de interesse público. Na fase preliminar não houve manifestação do CADE.

Em 22 de Dezembro de 2020, há a manifestação do CADE. Neste caso, o CADE expõe que a BASF apresenta uma alta concentração no mercado nacional, apresentando resultados positivos no Brasil, ainda, o fato das reduções terem praticamente zerado durante o período e o fato dos impostos para este produto serem bastante elevados vis à vis outros países. Ainda, há uma preocupação com o mercado a jusante, dado que a BASF apresenta uma estrutura verticalizada. Por fim, é sugerida uma análise para verificar se os preços praticados pela BASF apresentam descolamento do mercado internacional. Sugerindo, portanto, a análise de interesse público para suspensão da medida.

A SDCOM informa que não houve indícios de práticas abusivas no período no mercado nacional, sendo possível observar que a industrial brasileira operou com preço inferior ao custo de operação. Ainda, os preços foram próximos dos valores das importações. O parecer do GECEX em sua decisão realiza a prorrogação da medida, uma vez que há indícios para a

[54] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo 19972.102696/2019-67. 2019i.

continuação de *dumping*, com base nas informações da única respondente disponível, o grupo Dow. Sendo assim, não há suspensão ou alteração por interesse público neste caso, havendo a manutenção da medida de defesa comercial.

### 3.10. Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Acrilato de Butila pela África do Sul e Taipé Chinês) e da decisão final da CAMEX (abril/2021)[55]:

Este processo diz respeito à revisão da medida *antidumping* aplicado ao Acrilato de Butila proveniente da África do Sul e de Tapei Chinês. Na medida original havia também a Alemanha como origem gravosa, no entanto, não há indícios de que haveria necessidade de prorrogação contra esta. Este produto já havia sido investigado, mediante petição da BASF em 2007, e desde 2009 este produto tinha uma medida *antidumping* definitiva, sendo essa decisão mantida em 2014, até o período atual, sendo, em abril de 2020, realizada uma nova instauração de final de período pela BASF, sendo possível que, sem a manutenção da medida, haveria dano a indústria nacional, sendo por este motivo revisada a medida.

Neste caso, o CADE apresenta os mesmos argumentos já indicado no caso acima, que é do mesmo produto (Acrilato de Butila) porém de outra origem. Sugerindo, no caso, a investigação de interesse público para suspender a medida.

A SDCOM indefere o pleito do CADE, uma vez que não encontra elementos mínimos para análise. Além disso, como não houve a apresentação de questionários pelas partes interessadas, não foi iniciada a avaliação de interesse público. Neste sentido, este caso apresenta uma contrariedade entre a decisão da SDCOM e do CADE. Sendo assim, não há suspensão ou alteração por interesse público neste caso, havendo a manutenção da medida de defesa comercial.

[55] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo 19972.101642/2020-18 . 2020i

### 3.11. Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Magnésio Metálico pela China e da decisão final da CAMEX (abril/2021)[56]

Este processo diz respeito à revisão da medida *antidumping* aplicada ao Magnésio Metálico proveniente da China, iniciado em 24 de setembro de 2020. A manifestação do CADE no presente processo ocorre no dia 4 de novembro de 2020. O CADE expõe que em 2019 já havia ocorrido uma revisão deste produto, e na ocasião o CADE já havia se manifestado a favor da suspensão da medida *antidumping* para avaliar o comportamento do mercado com tal modificação. Nota-se que no Brasil há apenas um produtor, com aproximadamente 30% do *market share*, sendo o restante produzido na China.

Em 8 de abril de 2021, a SDCOM se manifesta, expondo que a medida *antidumping* não apresentou uma modificação substancial no mercado, indicando que, portanto, a não realização da Avaliação de Interesse Público e, desta forma, sem a suspensão ou alteração por interesse público neste caso, havendo a manutenção da medida de defesa comercial. Neste caso, não houve alinhamento entre a posição da SDCOM e do CADE.

### 3.12. Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Tubos para Coleta de Sangue a Vácuo e da decisão final da CAMEX (abril/2021)[57]

Em 29 de abril há a abertura do processo de revisão do direito *antidumping* das origens Estados Unidos da América, Reino Unido, Alemanha e China. Para a SDCOM, em sua análise preliminar, no caso de extinção da medida *antidumping* haveria probabilidade de retomada do *dumping* pelas origens que, no momento da avaliação estavam amparadas pela medida.

O CADE expõe no dia 9 de junho, que, no período, houve crescimento do mercado interno com queda de preços, no entanto, esta queda foi inferior àquela visualizada no mercado externo. Também houve redução entre a relação custo/preço, sugerindo que houve absorção pelas empresas nacionais de tais ganhos. Ainda, o mercado apresenta uma líder que apresenta

[56] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo 19972.101644/2020-15 . 2020j

[57] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo 19972.100697/2020-19. 2020k.

um *market share* superior a 90%. Com base nessas informações, a manifestação do CADE é favorável a suspensão do direito *antidumping*.

De acordo com a SDCOM, em 8 de Outubro de 2020, o prazo para recepção de questionários era até 8 de junho sendo o questionário do CADE enviado fora do prazo. . Para a SDCOM, uma vez que as informações preliminares sugeriram a relevância das origens gravadas, bem como o fato da indústria nacional apenas apresentar capacidade instalada no final do período da análise, dentre outros, fez com que esta secretaria iniciasse a avaliação de interesse público.

Em 2 de fevereiro, há uma nova manifestação do CADE no processo, expondo que, no período de análise não tinha havido atos de concentração envolvendo o produto em questão, e em 2020, com a suspensão dos direitos *antidumping* em função da pandemia de coronavirus ocorreram um aumento de importações das origens gravosas, ainda, mesmo os preços mais elevados da empresa líder nacional não houve indícios – tanto para a SDCOM quanto para o CADE de restrição à oferta nacional. Por conta destes elementos, o CADE modifica seu posicionamento, manifestado pelo entendimento da não existência de questões concorrenciais para justificar a suspensão dos direitos *antidumping*.

No parecer final, de 14 de abril de 2021, a SDCOM recomenda o encerramento da avaliação sem a identificação de elementos para suspender as medidas de defesa comercial. Sendo esta decisão mantida pelo GECEX em 28 de abril de 2021. Com a mudança de posicionamento do CADE, foi possível verificar um alinhamento entre GECEX, SDCOM e CADE.

### 3.13. Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Filmes PET e da decisão final da CAMEX (maio/2021)[58]

O processo de revisão dos direitos *antidumping* de Filmes PET pela China, Egito e Índia. Preliminarmente, a SDCOM considera que não existam indícios para que, com a suspensão do direito *antidumping*, não haja a retomada do *dumping* pelas importações da China,

[58] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo 19972.100835/2020-51. 2020l.

Egito e Índia, sendo, em 21 de maio de 2020, o processo de avaliação preliminar de interesse público iniciado. Em 10 de dezembro de 2020 há o início da avaliação de interesse público, não havendo, na fase preliminar, manifestação do CADE.

Em 11 de fevereiro de 2021, o CADE se manifesta, a fator da suspensão de medidas por um ano, com os argumentos de que o produto em questão apresenta pouca substituibilidade, bem como a tendência da peticionária solicitar medida de defesa comercial sempre que há o aumento de importação por uma nova origem, também já houve a sugestão de eliminação ou redução de barreiras para outros produtos da cadeia de Filme PET, ainda, pelo fato da peticionária apresentar um aumento das exportações, fazendo com que, para o CADE, seja relevante avaliar a capacidade desta atender o mercado nacional caso as medidas sejam mantidas. Ressalta-se que a peticionária, de acordo com o CADE, apresenta uma posição dominante no mercado em análise. Por conta disso há a sugestão de suspensão por um ano da medida, para realizar uma avaliação destes impactos no mercado.

Em 7 de maio há o parecer final da SDCOM, recomendando a manutenção das medidas de defesa comercial, pois, não foram encontrados elementos que justifiquem a suspensão dos mesmos. Em 20 de maio de 2021, o GECEX também decide de forma favorável à manutenção do direito *antidumping* das importações de filmes PET, do Egito, China e Índia. Neste caso não foi possível visualizar um alinhamento entre GECEX, SDCOM e CADE.

### 3.14 Breves notas sobre o posicionamento do CADE no caso de Seringas Descartáveis e da decisão final da CAMEX (junho/2021)[59]

O processo de revisão do direito *antidumping* das seringas descartáveis pela China iniciou em 19 de junho de 2020. A SDCOM preliminarmente expõe a preocupação de que, com a extinção do direito *antidumping*, houvesse o retorno do dano referente às importações chinesas.

Em primeiro de julho de 2020 há a manifestação do CADE, indicando que a líder no mercado nacional apresenta *market share* acima de 50%, e no período houve o aumento das

[59] BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.101016/2020-21. 2020m.

importações de outras origens. Em função disso, o CADE expõe que não há indícios de que houve restrição da concorrência nos mercados por conta da medida *antidumping* vigente se posicionando de forma favorável a sua manutenção.

Em 7 de janeiro de 2021 há a abertura da avaliação de interesse público por parte do SDCOM. EM 1o de junho há o parecer final da avaliação de interesse público, com a sugestão, por parte da SDCOM, da suspensão dos direitos *antidumping*. Em 21 de junho de 2021, o GECEX se posiciona para a manutenção da medida de defesa comercial. Nota-se portanto que houve alinhamento entre SDCOM, GECEX e CADE.

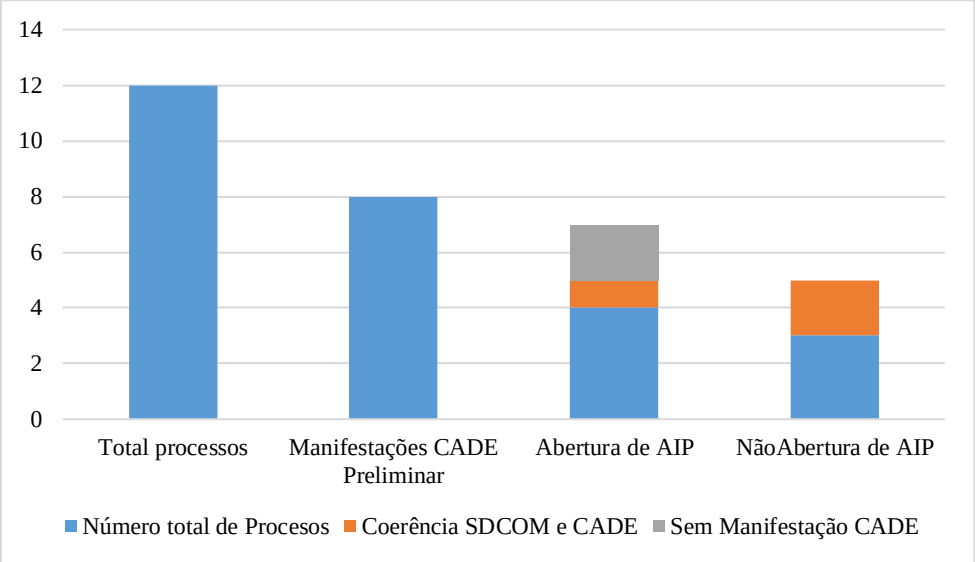
## 3. Da análise dos resultados e da conclusão

Nesta seção são apresentados os resultados encontrados no trabalho e as principais conclusões. O quadro 1 sintetiza as informações coletadas nos casos de Avaliação de Interesse Público em que houve manifestação do CADE.

Foram analisados 12 processos, dentre eles, em 5 não houve a abertura de Avaliação de Interesse Público e em 7 houve. Em todos os casos em que houve a abertura, ocorreu a manutenção da medida de defesa comercial.

### 4.1. Há alinhamento entre a apresentação de QIP preliminar do CADE e a abertura de casos de IP pela SDCOM?

**Gráfico 2- Análise da participação no QIP preliminar**




Fonte: Elaboração própria.

Neste caso, observa-se que há um pouco mais de complexidade para visualizar a coerência: é possível que ela ocorra quando CADE sugere a não abertura de avaliação de interesse público e a SDCOM concorda com o CADE, ou quando o CADE está de acordo com a abertura e a SDCOM procede com a abertura.

Dos 12 processos analisados, o CADE se manifestou em 8 processos de forma preliminar. Destes processos, em 6 deles o CADE havia se manifestado pela suspensão da medida comercial, em um deles sendo favorável a manutenção e em um deles houve a sugestão pela suspensão no questionário preliminar com a mudança de posicionamento posteriormente.

Houve coerência em 3 casos entre CADE e SDCOM quanto à decisão da abertura de caso: em um dos casos, houve a coerência para a abertura (seringas descartáveis) e em dois para a não abertura (nos dois processos de pneus de carga).

Logo, dos casos em que houve manifestação preliminar do CADE, em apenas um houve coerência quando a SDCOM optou por realizar a abertura de avaliação de interesse público. Para as outras manifestações, notou-se que em 2 casos houve coerência entre a manifestação do CADE e a não abertura de avaliação de interesse público. Nota-se que o

alinhamento entre a decisão da SDCOM e do CADE no que tange a abertura de avaliação de interesse público ocorreu em apenas 25% dos casos.

Na maioria dos casos, o CADE apresentou apenas estes argumentos expondo alguns fatos do mercado (poucos competidores ou mesmo monopólios, ausência de repasse aos preços de reduções que foram observadas nos custos ou no comércio internacional), e, de acordo com a SDCOM, a narrativa feita não foi apresentada de forma suficiente para trazer novos elementos decisivos para coroborar ou inibir uma análise de interesse público.

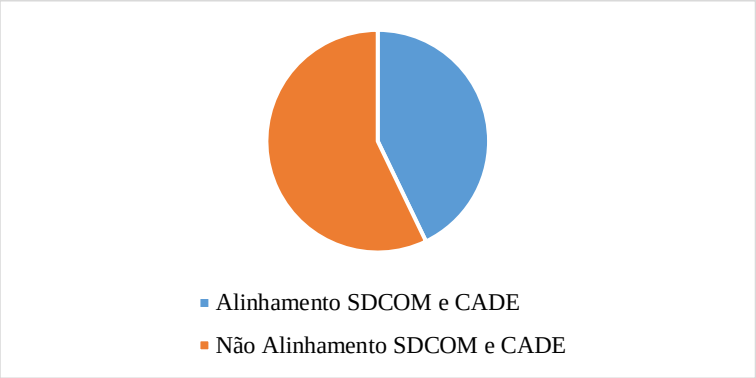
Salienta-se o caso específico dos pneus de carga, em que a posição do CADE era de que não havia a necessidade de realização de análise de interesse público, sendo realizada esta manifestação ainda no questionário preliminar e, nos dois casos deste produto, houve o entendimento do CADE que que as medidas *antidumping* não trouxeram danos à concorrência no mercado brasileiro e, em função disso, não haveria a necessidade de revisar tal medida neste momento. O mesmo ocorrendo para o caso de seringas descartáveis, em que o CADE entende que a medida vigente não prejudicou o mercado, sendo que neste caso, houve a avaliação de interesse público.

### 4.2 Há alinhamento entre a manifestação do CADE e a posição final da SDCOM?

Dos 12 casos analisados, em 7 deles há a abertura de avaliação de interesse público por parte da SDCOM. Nota-se que o CADE se manifesta a favor da suspensão da medida de interesse público em quatro situações sendo estas as discordâncias com a SDCOM. É preciso salientar que uma das solicitações foi extemporânea.

Das 3 situações em que houve alinhamento, nota-se que me duas houve a modificação do posicionamento do CADE, que inicalmente se manifestou pela suspensão e então, a partir de novos elementos, entendeu que não havia tal necessidade.

**Gráfico 3: Alinhamento do posiconamento da SDCOM e do CADE**




Fonte: Elaboração própria

Na maioria dos casos, houve a consideração pela SDCOM dos argumentos utilizados pelo CADE. No entanto, não necessariamente o posicionamento foi mantido. Ou seja, a SDCOM levou em conta as preocupações da autoridade da concorrência e, a partir deste posicionamento, houve o entendimento de que o dano comercial seria maior do que o concorrencial.

O alinhamento ocorreu em 4 casos, sendo que em dois não houve o início da Análise de Interesse Publico e em outros 2 houve o início. No entanto, em um destes últimos os argumentos do CADE não chegaram a ser considerados.

### 4.3. Há alinhamento entre a recomendação final da SDCOM e a posição final do GECEX?

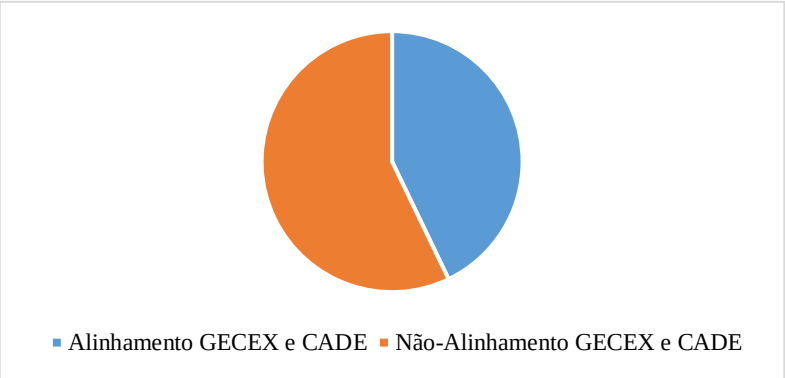
No que tange o alinhamento entre a posição da SDCOM e do GECEX, dos 12 casos analisados, ela ocorre em todos os casos analisados (100%). Neste sentido, pode-se verificar que na totalidade dos casos analisados houve o alinhamento entre o parecer da SDCOM e a decisão do GECEX.

### 4.4. Há alinhamento entre a manifestação final do CADE e a posição final do GECEX?

Conforme dito na seção 4.3, houve total alinhamento entre o GECEX e a SDCOM. Logo, em todos os casos em que a posição do CADE foi distinta à da SDCOM e houve no processo a avaliação de interesse público, ela também foi distinta ao posicionamento do

GECEX. Do total de 7 casos que foram analisados pelo GECEX, em 57% não houve um alinhamento entre o CADE e o GECEX. No entanto, destes 4 casos, em um deles a manifestação é extemporânea.

**Gráfico 4: Alinhamento do posiconamento do GECEX e do CADE**




Fonte: Elaboração própria.

Na maioria dos casos, a decisão do GECEX não ocorre de acordo com a sugestão do CADE. O alinhamento ocorre em dois casos, sendo que, em um deles, não foram levados em conta a decisão do CADE.

No entanto, nota-se que em dois casos em que houve o alinhamento, o CADE modificou de posição. Notando, portanto, a inclusão e análise de ouros elementos por parte desta autarquia que permitiu, inclusive, expor para a mudança de posicionamento quanto ao impacto concorrencial da medida de proteção comercial proposta.

## 5. Conclusão

O presente artigo visou analisar se, após o ingresso do CADE no GECEX como membro convidado, a decisão do CADE foi preponderante no GECEX. Em primeiro lugar, deve-se levar em conta que a participação do CADE é bastante recente, a partir de 2019, e neste sentido, muitos casos mais antigos de interesse público podem ter sido julgados sem que o CADE fosse parte qualificada para opinar. Como foi visto, houve um aumento da participação do CADE nos casos de interesse público ao longo do tempo.

Ainda, é importante salientar que a avaliação de interesse público preliminar somente é aberta após a SDCOM entender que há indícios de prejuízo em certo mercado, Isso posto, nota-se que já há um recorte entre o total de solicitações e aqueles que efetivamente se tornam avaliações preliminares de interesse público e, dentre essas, há uma nova redução naquelas em que a SDCOM decidirá abrir o processo de avaliação de interesse público e, novamente, um menor número ainda são as que efetivamente irão receber uma alteração ou suspensão de medidas por interesse público, após receber o parecer da SDCOM e então a decisão do GECEX. Sendo assim, nota-se que, uma vez que o número de produtos que compreende todos esses requisitos é diminuto.

Notou-se que o alinhamento para a abertura dos casos de avaliação de interesse público ficou em apenas 25% ou seja, entre a sugestão do CADE sobre a realização ou não da avaliação de interesse público e sua efetivação pela SDCOM. Dentre os casos em que foi realizada a avaliação de interesse público (7), em 4 deles houve a discordância entre o CADE e a SDCOM e o GECEX, no entanto, em um dos casos a apresentação de informações foi extemporânea. Sendo assim, houve concordância em 42% dos casos entre o CADE e GECEX e SDCOM. Entre GECEX e SDCOM, o alinhamento foi de 100% dos casos.

É nesta perspectiva mais ampla que os resultados deste trabalho são inseridos: expondo que, apesar de realmente haver certas discordâncias na decisão de interesse público entre o CADE e a SDCOM e o GECEX, as informações e preocupações que o CADE expõe muitas vezes são respondidas pela SDCOM em seu parecer e, desta forma, há uma escolha por parte desta. No entanto, isso ocorre após um processo bastante extenso e que leva em conta de forma rigorosa uma série de informações, o que mostra que, por mais que haja discordância, as considerações do CADE são analisadas e ponderadas pela SDCOM.

Além disso, é preciso refletir sobre a possibilidade de haver um ganho de aprendizagem pelo CADE que, ao longo do tempo, pode modificar suas manifestações de forma que estas se mostrem mais adequadas ao padrão esperado pela SDCOM.

Em síntese, entende-se que as contribuições do CADE auxiliaram no debate das avaliações de interesse público e foram analisadas pelas autoridades competentes, porém, neste momento, elas não estão alinhadas nem com as recomendações da SDCOM e nem com a decisão final do GECEX.

**Referências bibliográficas**

ARAUJO JR, José Tavares de. Legal and economic interfaces between *antidumping* and competition policy. **Série Comércio Internacional-CEPAL**. Division of International Trade and Integration Trad e Unit, 2001.

BRASIL**. Acordo sobre Salvaguardas**. 1994. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/legislacao-roteiros-e-questionarios/acordo_sg.pdf.

BRASIL. **Decreto 1.602, de 23 de agosto de 1995**. Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos, relativos à aplicação de mediadas *antidumping*.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1602.htm. 1995a.

BRASIL**. Decreto 1.751, de 19 de dezembro de 1995**. Regulamenta as normas que disciplinam os procedimentos administrativos relativos à aplicação de medidas compensatórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1751.htm. 1995b.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm.

BRASIL. **Resolução CAMEX 13, de 29 de fevereiro de 2012**. Institui o Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público – GTIP.2012. Disponível em: www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1076-resolucao-n-13-de-29-de-fevereiro-de-2012

BRASIL**. Resolução CAMEX 27, de 29 de abril de 2015**. Disciplina, no âmbito do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP), os procedimentos administrativos

de análise de pleitos. 2015a.Disponível em: www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1490-resolucao-n-27-de-29-de-abril-de-2015

BRASIL. **Resolução CAMEX 93, de 24 de setembro de 2015**. Dispõe sobre o roteiro para pedidos de suspensão ou alteração de medidas *antidumping* e compensatórias definitivas, bem como de não aplicação de medidas *antidumping* e compensatórias provisórias, por razões de interesse público.2015b. Disponível em: www.camex.gov.br/resolucoes-camex-e-outros-normativos/58-resolucoes-da-camex/1559-resolucao-n-93-de-24-de-setembro-de-2015.

BRASIL. **Resolução CAMEX 29, de 07 de abril de 2017.** Disciplina, no âmbito do Grupo Técnico de Avaliação de Interesse Público (GTIP), os procedimentos administrativos de análise de pleitos. Disponível em: http://camex.gov.br/component/content/article/62-resolucoes-da-camex/em-vigor/1847-resolucao-n-29-de-07-de-abril-de-2017.

BRASIL. **Lei 13844, de 18 de Junho de 2019.** Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera as Leis nºs 13.334, de 13 de setembro de 2016, 9.069, de 29 de junho de 1995, 11.457, de 16 de março de 2007, 9.984, de 17 de julho de 2000, 9.433, de 8 de janeiro de 1997, 8.001, de 13 de março de 1990, 11.952, de 25 de junho de 2009, 10.559, de 13 de novembro de 2002, 11.440, de 29 de dezembro de 2006, 9.613, de 3 de março de 1998, 11.473, de 10 de maio de 2007, e 13.346, de 10 de outubro de 2016; e revoga dispositivos das Leis nºs 10.233, de 5 de junho de 2001, e 11.284, de 2 de março de 2006, e a Lei 13.502, de 1º de novembro de 2017. 2019a.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm.

BRASIL. **Decreto 9.745, de 8 de Abril de 2019**. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Economia, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. 2019b.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9745.htm.

BRASIL. **Decreto 10.044 de 4 de Outubro de 2019**. Dispõe sobre a Câmara de Comércio Exterior. 2019c.Disponível em https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/decreto-n-10.044-de-4-de-outubro-de-2019-220285177.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100226/2020-01. 2020d.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100136/2019-78. 2019e.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100359/2019-35. 2019f.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.102473/2019-08. 2019g.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.102717/2019-44. 2019h.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.102696/2019-67. 2019i.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n.19972.102717/2019-44. 2019d.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100136/2019-78. 2019f.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100359/2019-35. 2019g.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.102473/2019-08 . 2019h.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.102717/2019-44. 2019i.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.102696/2019-67. 2019j.

BRASIL. Ministério da Economia/Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais/Secretaria de Comércio Exterior.**Portaria 13, de 29 de janeiro de 2020**. Disciplina os procedimentos administrativos de avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial. 2020a. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-13-de-29-de-janeiro-de-2020-240570399

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Relatório de Gestão do CADE**. Processo 08700.002135/2020-86. 2020b.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Guias Processual e Material de Interesse Público**. 2020c. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/publicacoes-secex/defesa-comercial-e-interesse-publico/arquivos/guia-processual-e-material-de-interesse-publico.pdf .

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Estatísticas Quadrimestrais da Defesa Comercial e Interesse Público**. Jan/Dez 2020. 2020d. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/estatisticas-e-historico/estatisticas-quadrimestrais2020d.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100226/2020-01. 2020e.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100695/2020-11. 2020f.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.101039/2020-36. 2020g.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100556/2020-98. 2020h.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.101642/2020-18. 2020i.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.101644/2020-15. 2020j

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100697/2020-19. 2020k.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.100835/2020-51. 2020l.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Comércio e Comércio Exterior: Avaliação de interesse público em medidas de defesa comercial.** Processo n. 19972.101016/2020-21. 2020m.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica .**Relatório de Gestão do CADE**. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/auditorias/2020/Relatorio_Integrado_de_Gestao_2020.pdf. 2021a.

BRASIL. Secretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. **Suspensões e alterações por Interesse Público em vigor**. Disponível em: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/medidas-em-vigor/suspensoes-por-interesse-publico-em-vigor. 2021b.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS. **Nova CAMEX: pontos de atenção e recomendações**, 2020. Disponível em: https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/c2/cd/c2cdbb5d-e39a-4d0b-84c4-0caf7a380c16/nova_camex.pdf

MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS; Marc Antoni. Reconciliando o Direito *Antidumping* e o da Concorrência: a natureza jurídica como fonte da coexistência. **Revista de Defesa da Concorrência**. v.6, n. 2, 2018. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/414

PIMENTA,Roberto.Considerações de interesse público no controle de concentrações. **Revista de Defesa da Concorrência**, v.8 n.2, 2020. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/528

**Anexo 1- Resumo dos questionários da avaliação de interesse público com participação do CADE**

| Produto | (A) | (B) | (C) | (D) | (E) | (F)? | (G) | (H) | (I) | (J) | (K) |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **Laminados Planos de Aço ao Silício (Aço GNO)** | Não | Sim | NA | Sim | Suspensão da medida de defesa comercial* | Manutenção da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Não | Sim | Não | 14 de julho de 2020 |
| **Pneus de Carga** | Sim | Não | Sim | NA | NA | NA | NA | NA | NA | NA | 9 de outubro de 2020 |
| **Pneus de Carga (China)** | Sim | Não | Sim | NA | NA | NA | NA | Sim | NA | NA | 19 de novembro de 2020 |
| **Tubos de Borracha Elastomérica** | Sim | Não | Não | NA | NA | NA | NA | NA | NA | NA | 10 de dezembro de 2020 |
| **Vidros Planos Flotados Incolores** | Não | Sim | NA | Sim | Manutenção da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Sim | Sim | Sim | 18 de fevereiro de 2021 |
| **Ácido Adípico** | Sim | Sim | Não | Não | Suspensão da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Não | Sim | Não | 30 de março de 2021 |
| **Acrilato de Butila (EUA)** | Não | Sim | NA | Sim | Suspensão da medida de | Manutenção da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Não | Sim | Não | 30 de março de 2021 |

| | | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | | | | | defesa comercial | | | | | | |
| **Acrilato de Butila (África do Sul e Taipé Chinês)** | Sim | Não | Não | NA | NA | NA | NA | NA | NA | NA | 12 de abril de 2021 |
| **Magnésio Metálico** | Sim | Não | Não | NA | NA | NA | NA | NA | NA | NA | 12 de abril de 2021 |
| **Tubos de plástico para coleta de sangue a vácuo** | Sim* | Sim | Não | Sim | Manutenção da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Sim | Sim | Sim | 28 de abril de 2021 |
| **Filmes PET** | Não | Sim | NA | Sim | Suspensão da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Não | Sim | Não | 20 de maio de 2021 |
| **Seringas Descartáveis** | Sim | Sim | Sim | Não | Manutenção da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Manutenção da medida de defesa comercial | Sim | Sim | Sim | 21 de junho de 2021 |

* Fora do Prazo

** (A) Houve QIP preliminar do Cade?; (B) Foi iniciada AIP pela SDCOM?; (C) Há alinhamento entre a apresentação de QIP preliminar do CADE e a abertura de casos de IP pela SDCOM?; (D) Houve QIP final do Cade?; (E) Qual a posição final do CADE na AIP?; (F) Qual a posição final da SDCOM na AIP?; (G) Qual a posição final do Gecex na AIP? (Resolução CAMEX); (H) Há alinhamento entre a posição final do CADE e a posição final da SDCOM?; (I) Há alinhamento entre a posição final da SDCOM e a posição final do Gecex?; (J) Há alinhamento entre a posição final do CADE e a posição final do Gecex?; e (K) Data da Decisão

Fonte: Elaboração da autora.

# PARTE 3 – TÓPICOS ESPECIAIS DE INTERFACE ENTRE O COMÉRCIO INTERNACIONAL E A CONCORRÊNCIA

# 19. *ANALYSIS OF THE EUROPEAN COMMISSION'S PROPOSAL ON FOREIGN SUBSIDIES THAT DISTORT THE EUROPEAN INTERNAL MARKET*[1]

# 19. ANÁLISE DA PROPOSTA DA COMISSÃO EUROPEIA SOBRE SUBSÍDIOS ESTRANGEIROS QUE DISTORCEM O MERCADO INTERNO EUROPEU

Adriano Macedo Ramos, Newton Batista da Costa Junior e Hearle Vieira Calvão

**SUMMARY**: 1. INTRODUCTION. 2. ANALYSIS OF THE EUROPEAN COMMISSION PROPOSAL VIS-À-VIS THE WTO AGREEMENT ON SUBSIDIES AND COUNTERVAILING MEASURES. 3. TRADE LAW AND COMPETITION LAW. 4. CONCLUSION

**ABSTRACT**: This Article presents an analysis of the European Commission's legislative proposal aimed at regulating investigations into procedures related to the participation of companies that benefit from subsidies granted in third countries public tenders and in mergers and acquisitions in the European market. Bearing in mind that at the multilateral level subsidies are regulated by the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures of the World Trade Organization (WTO), this article presents a comparison between the provisions of the new regulation, and the provisions of the multilateral agreement, pointing out possible violations of the principles that guide the WTO.

**RESUMO**: *Este artigo apresenta uma análise da proposta da Comissão Europeia de legislação destinada a regulamentar investigações e procedimentos relacionados à participação de empresas que sejam beneficiárias de subsídios concedidos em terceiros países em licitações públicas e em fusões e aquisições no mercado europeu. Tendo em conta que subsídios governamentais são regulamentados, no âmbito multilateral, pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da Organização Mundial do Comércio (OMC), este artigo apresenta uma comparação entre as disposições do novo regramento e as disposições do acordo multilateral, apontando possíveis violações aos princípios que norteiam a OMC.*

[1] Disclaimer: This article was written by the authors in their personal capacity. The opinions expressed in this work are the authors' own and do not reflect the official position of any entity.

## 1. Introduction

On May 5th, 2021, the European Commission proposed a regulation to adjust the participation of foreign subsidized companies in the European market.

The assumption of the bill is the notion that subsidies granted by third countries have the potential to cause distortions in the internal market of the European Union. While the granting of support by Member State authorities is subject to EU State Aid control, there is no such control in place for the support granted by non-EU countries. Thus, the European Commission believes those foreign subsidies place the beneficiaries of foreign subsidies in a better position than they would normally be, by facilitating the acquisition of other companies, influencing investment decisions, distorting the services market, and influencing the behavior of the companies that benefit from foreign subsidies in the European market, at the expense of fair competition.

The European Commission's Press Release on May 5th asserts that "The new tool is designed to effectively tackle foreign subsidies that cause distortions and harm the level playing field in the Single Market in any market situation"[2]. According to an official, "Unfair advantages accorded through subsidies have long been a scourge of international competition. This is why we have made it a priority to clamp down on such unfair practices. They distort markets and provide competitive advantages on the basis of the support received, rather than on the quality and innovativeness of the products concerned".

The proposal was conceived in the 2020-2021 work program of the European Commission to provide investigative tools that would make it possible to remedy distortions caused by subsidies granted by third countries and that could not be investigated using the traditional tools available in antitrust legislation, and trade defense legislation on subsidies and countervailing measures.

[2] In: Commission proposes new Regulation to address distortions caused by foreign subsidies in the Single Market, 5 May 2021. Available at https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_1982.

In the field of antitrust, it is known that mergers are regulated in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), including preventive and repressive control mechanisms, which aim to combat the abuse of a dominant market position and, at the same time, promote the economic efficiency of the European market and the well-being of consumers.

When it comes to trade remedies, the rules on subsidies are based on the provisions of the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (hereinafter SCM Agreement) of the World Trade Organization (WTO). Under the rules established in the SCM Agreement, WTO members have two possible courses of action against foreign subsidies: the first is the so-called multilateral track and allows the initiation of a dispute within the WTO Dispute Settlement Body when a WTO Member believes another Member is granting an actionable subsidy that distorts international trade, while the second one, the so-called unilateral track, allows a Member to impose a countervailing duty on imports of goods subsidized by their countries of origin, when it has been determined that those imports cause injury to the domestic industry of the importing country.

In 2020 the European Union has already undergone a public consultation on this proposal in the form of a White Paper. In its latest version, dated May 5, 2021, the proposal specifies control mechanisms in three situations: (i) concentration acts in which the volume of business exceeds EUR 500 million and where financial contributions exceed EUR 50 million; (ii) public tenders for contracts exceeding EUR 250 million; and (iii) other market situations with limits lower than those stated in (i) and (ii). Thus, the proposal establishes rules and procedures for investigations on subsidies that distort the European internal market, particularly when such distortions may involve mergers and public tenders.

Even though the proposal establishes rules within the scope of the European Union that applies to the procedures and penalties applicable to investigations into foreign subsidies that affect the European internal market, it is clear that the effects arising from the new regulation go beyond the rights and obligations agreed under the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures and may even pose violations to the principles of

Most Favoured Nation and National Treatment [3], which are pillars of the World Trade Organization.

## 2. Analysis of the European Commission Proposal Vis-À-Vis the Wto Agreement on Subsidies and Countervailing Measures

This section highlights the most relevant Articles of the EU Proposal of Regulation of the European Parliament and the Council on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market, and makes brief comments on its potential impacts, especially when they are compared to the regulations contained in the SCM Agreement.

The definition of subsidy contained in the SCM Agreement reads as follows:

> "Article 1 Definition of a Subsidy
> 1.1 For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if:
> (a)(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as "government"), *i.e*. where:
> (i) a government practice involves a direct transfer of funds (e.g. grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (*e.g*. loan guarantees);
> (ii) government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (*e.g.* fiscal incentives such as tax credits);
> (iii) a government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods;
> (iv) a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions

[3] The Most Favoured Nation principle is so important that it is enshrined in the first article of the GATT – General Agreement on Tariffs and Trade. It states that, with some exceptions, the nation granting any tariff benefit to one member country must extend it to all other members. The National Treatment principle (Article III of the GATT) forbids any measure that discriminates against foreign products. It states that imported goods must be equally treated in relation to the locally produced goods, meaning that no advantage may be granted to the local product and inversely, imported goods may not be subject to any additional hurdle after they have entered the importing market.

> illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments; or
> (a)(2) there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT 1994; and (b) a benefit is thereby conferred."

Moreover, to be actionable under the rules of the WTO, a subsidy must be specific, according to the provisions of Article 2 of the SCM Agreement, which includes the presumption of specificity applicable to subsidies falling in the definition of prohibited subsidies, as established under the provisions of Article 3 of the SCM Agreement.

According to the proposal of the European Commission (EC), the definition of subsidies is somewhat similar to the definition contained in the SCM Agreement:

> "Article 2 Existence of a foreign subsidy
> (1) For the purpose of this Regulation, a foreign subsidy shall be deemed to exist where a third country provides a financial contribution which confers a benefit to an undertaking engaging in an economic activity in the internal market and which is limited, in law or in fact, to an individual undertaking or industry or to several undertakings or industries
> For the purpose of this Regulation,
> (a) a financial contribution shall include:
> (i) the transfer of funds or liabilities, such as capital injections, grants, loans, loan guarantees, fiscal incentives, setting off of operating losses, compensation for financial burdens imposed by public authorities, debt forgiveness, debt to equity swaps or rescheduling;
> (ii) the foregoing of revenue that is otherwise due; or
> (iii) the provision of goods or services or the purchase of goods and services;
> (b) the financial contribution provided by the third country shall include the financial contribution provided by:
> (i) the central government and government authorities at all other levels;

> (ii) foreign public entities, whose actions can be attributed to the third country, taking into account elements such as the characteristics of the entity, the legal and economic environment prevailing in the State in which the entity operates including the government's role in the economy; or
>
> (iii) any private entity whose actions can be attributed to the third country, taking into account all relevant circumstances."

The comparison of the two definitions indicates that the definition of subsidies contained in the EU Proposal enlarges the scope considered in a subsidy investigation as provided in the SCM Agreement, by (i) including as a financial contribution the purchase of services by a government (and not only goods), and (ii) not encompassing the concept of specificity[4] required for a subsidy to be deemed actionable (outside of a brief mention on its Recital 11 and Article 2(1) ).

| **SCM Agreement** | **EU Proposal** |
|---|---|
| Article 1 Definition of a Subsidy<br>For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if:<br>(a)(1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as "government"), *i.e.* where:<br>(i) a government practice involves a direct transfer of funds (*e.g.* grants, loans, and equity infusion), potential direct transfers of funds or liabilities (*e.g.* loan guarantees);<br>(ii) government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (*e.g.* fiscal incentives such as tax credits);<br>(iii) a government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods;<br>(iv) a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs | Article 2 Existence of a foreign subsidy<br>(1) For the purpose of this Regulation, a foreign subsidy shall be deemed to exist where a third country provides a financial contribution which confers a benefit to an undertaking engaging in an economic activity in the internal market and which is limited, in law or in fact, to an individual undertaking or industry or to several undertakings or industries<br>For the purpose of this Regulation,<br>(a) a financial contribution shall include:<br>(i) the transfer of funds or liabilities, such as capital injections, grants, loans, loan guarantees, fiscal incentives, setting off of operating losses, compensation for financial burdens imposed by public authorities, debt forgiveness, debt to equity swaps or rescheduling;<br>(ii) the foregoing of revenue that is |

[4] Specificity relates to the analysis of whether a subsidy is specific to an enterprise or industry or group of enterprises or industries within the jurisdiction of the granting authority. It may be roughly read as "aimed at "or "intended for".

| | |
|---|---|
| a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments; or<br>(a)(2) there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT 1994; and (b) a benefit is thereby conferred. | otherwise due; or<br>(iii) the provision of goods or services or the purchase of goods and services;<br>(b) the financial contribution provided by the third country shall include the financial contribution provided by:<br>(i) the central government and government authorities at all other levels;<br>(ii) foreign public entities, whose actions can be attributed to the third country, taking into account elements such as the characteristics of the entity, the legal and economic environment prevailing in the State in which the entity operates including the government's role in the economy; or<br>(iii) any private entity whose actions can be attributed to the third country, taking into account all relevant circumstances. |

Source: prepared by the authors.

Moreover, the subsidy definition set in the EU Proposal seems to be wider than the definition set in the SCM Agreement. Under Article 1.1 of the SCM Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if there is a financial contribution by a government or any public body, or where a government makes payments to a funding mechanism or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the functions illustrated in Article 1.1(a)(1), and a benefit is thereby conferred. The EU Proposal states that a subsidy for the meaning of the Regulation would also occur if the subsidy was granted by "any private entity whose actions can be attributed to the third country, taking into account all relevant circumstances". Such provision seems to be broader than the one agreed by the WTO members as it does not touch upon the very important concept of "entrustment and direction" enshrined in the SCM Agreement, and thus could include actions by private entities acting on their own volition (*i.e.,* without any determination of entrustment or direction by a government).

| SCM Agreement | EU Proposal |
|---|---|
| (iv) a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments; | (iii) any private entity whose actions can be attributed to the third country, taking into account all relevant circumstances. |

Source: prepared by the authors.

Additionally, it seems that the concept of "specificity" from the SCM Agreement has been shifted from the way that the subsidy is granted to its effects on EU's internal market as denoted on the concept of "distortion in the internal market" by the EU Proposal.

According to Article 3 of the EU Proposal, distortions may arise when:

> "Article 3 Distortions on the internal market
> (1) A distortion on the internal market shall be deemed to exist where a foreign subsidy is liable to improve the competitive position of the undertaking concerned in the internal market and where, in doing so, it actually or potentially negatively affects competition on the internal market. Whether there is a distortion on the internal market shall be determined on the basis of indicators, which may include the following:
> (a) the amount of the subsidy;
> (b) th'e nature of the subsidy;
> (c) the situation of the undertaking and the markets concerned;
> (d) the level of economic activity of the undertaking concerned on the internal market;
> (e) the purpose and conditions attached to the foreign subsidy as well as its use on the internal market.
>
> (2) A foreign subsidy is unlikely to distort the internal market if its total amount is below EUR 5 million over any consecutive period of three fiscal years."

The wording in Article 3 seems to indicate that all kinds of subsidies above EUR 5 million, not only those deemed specific or prohibited according to the WTO rules, could be subjected to the remedies contained in the UE Proposal. It is assumed that such subsidies tend to improve the competitive position of the beneficiary in any circumstances, therefore, it would, potentially, fall under the scope of the proposal.

Article 4 indicates the categories of subsidies most likely to distort the internal market:

> "Article 4 Categories of foreign subsidies most likely to distort the internal market
>
> A foreign subsidy falling in any of the following categories is most likely to distort the internal market:
>
> (1) a foreign subsidy granted to an ailing undertaking, that is to say which will likely go out of business in the short or medium term in the absence of any subsidy, unless there is a restructuring plan that is capable of leading to the long-term viability of that undertaking and includes a significant own contribution by the undertaking;
>
> (2) a foreign subsidy in the form of an unlimited guarantee for debts or liabilities of the undertaking, that is to say without any limitation as to the amount or the duration of such guarantee;
>
> (3) a foreign subsidy directly facilitating a concentration;
>
> (4) a foreign subsidy enabling an undertaking to submit an unduly advantageous tender, on the basis of which the undertaking would be awarded the public contract."

Although Article 4 aims at specific categories of subsidies, it is necessary to stress that any subsidy that could facilitate concentrations or enables the submission of an offer would be considered to likely distort the internal market under the EU Proposal. That is to say that any subsidy, especially grants and loans, may fall under the scope of Article 4, regardless of the nature and conditions of this contribution. Under the scope of the SCM Agreement, only financial contribution (including grants and loans) that confers a benefit would be actionable. That requires an analysis on whether the financial contribution has provided a more favorable outcome (an advantage) than otherwise would be available to the company under regular market circumstances. In the EU Proposal,

however, any subsidy above the financial threshold would be considered to likely the distort internal market.

| SCM Agreement | EU Proposal |
|---|---|
| Specificity<br>2.1 In order to determine whether a subsidy, as defined in paragraph 1 of Article 1, is specific to an enterprise or industry or group of enterprises or industries (referred to in this Agreement as "certain enterprises) within the jurisdiction of the granting authority, the following principles shall apply: (a) Where the granting authority, or the legislation pursuant to which the granting authority operates, explicitly limits access to a subsidy to certain enterprises, such subsidy shall be specific. (b) Where the granting authority, or the legislation pursuant to which the granting authority operates, establishes objective criteria or conditions2 governing the eligibility for, and the amount of, a subsidy, specificity shall not exist, provided that the eligibility is automatic and that such criteria and conditions are strictly adhered to. The criteria or conditions must be clearly spelled out in law, regulation, or other official document, so as to be capable of verification. (c) If, notwithstanding any appearance of non-specificity resulting from the application of the principles laid down in subparagraphs (a) and (b), there are reasons to believe that the subsidy may in fact be specific, other factors may be considered. Such factors are: use of a subsidy programme by a limited number of certain enterprises, predominant use by certain enterprises, the granting of disproportionately large amounts of subsidy to certain enterprises, and the manner in which discretion has been exercised by the granting authority in the decision to grant a subsidy.3 In applying this subparagraph, account shall be taken | Article 4 Categories of foreign subsidies most likely to distort the internal market<br>A foreign subsidy falling in any of the following categories is most likely to distort the internal market:<br>(1) a foreign subsidy granted to an ailing undertaking, that is to say which will likely go out of business in the short or medium term in the absence of any subsidy, unless there is a restructuring plan that is capable of leading to the long-term viability of that undertaking and includes a significant own contribution by the undertaking;<br>(2) a foreign subsidy in the form of an unlimited guarantee for debts or liabilities of the undertaking, that is to say without any limitation as to the amount or the duration of such guarantee;<br>(3) a foreign subsidy directly facilitating a concentration;<br>(4) a foreign subsidy enabling an undertaking to submit an unduly advantageous tender, on the basis of which the undertaking would be awarded the public contract. |

| | |
|---|---|
| of the extent of diversification of economic activities within the jurisdiction of the granting authority, as well as of the length of time during which the subsidy programme has been in operation. | |

Source: prepared by the authors.

Article 5 establishes a balancing mechanism under which the positive and negative effects of a foreign subsidy would be considered:

> "Balancing
>
> (1) The Commission shall, where warranted, balance the negative effects of a foreign subsidy in terms of distortion on the internal market with positive effects on the development of the relevant economic activity."

From the current text, it seems that the EU would have complete discretionary power to condemn or approve any concentration or bids without objective criteria due to this clause. This raises a concern about the national treatment and most-favored-nation principles that underpin the WTO Agreements. Depending on how the EU exercises this discretion, companies from different countries may be subject to discriminatory treatment under the new legislation.

It is relevant to highlight that the WTO Agreement on Trade Relate-Investment Measures also establishes, in its Article 2, that 'without prejudice to other rights and obligations under GATT 1994, no Member shall apply any TRIM that is inconsistent with the provisions of Article III or Article XI of GATT 1994'. Therefore, even the TRIMs Agreement contains obligations related to the basilar principles of national treatment and non-discrimination.

Article 6 establishes the commitments and redressive measures that could be taken by the European Commission:

> "Article 6 Commitments and redressive measures
>
> (1) To remedy the distortion on the internal market actually or potentially caused by a foreign subsidy, the Commission may impose

redressive measures. The undertaking concerned may also offer commitments.

(2) Commitments or redressive measures shall fully and effectively remedy the distortion caused by the foreign subsidy in the internal market.

3) Commitments or redressive measures may consist of the following:

(a) offering access under fair and non-discriminatory conditions to an infrastructure that was acquired or supported by the distortive foreign subsidies unless such fair and non-discriminatory access is already provided for by legislation in force in the Union;

(b) reducing capacity or market presence;

(c) refraining from certain investments;

(d) licensing on fair, reasonable and non-discriminatory terms of assets acquired or developed with the help of foreign subsidies;

(e) publication of results of research and development;

(f) divestment of certain assets;

(g) requiring the undertakings concerned to dissolve the concentration;

(h) repayment of the foreign subsidy, including an appropriate interest rate.

(4) The Commission may impose reporting and transparency requirements.

(5) If an undertaking offers commitments which fully and effectively remedy the distortion on the internal market, the Commission may accept them and make them binding on the undertaking in a decision with commitments according to Article 9(3).

(6) Where the undertaking concerned proposes to repay the foreign subsidy including an appropriate interest rate, the Commission shall accept such repayment as commitment if it can ascertain that the repayment is transparent and effective, while taking into account the risk of circumvention."

The SCM Agreement does not have similar provisions, given that the only penalty available to investigating authorities under the unilateral track is the imposition of a countervailing measure. Therefore, the remedies established by the EU Proposal,

especially those contained in Article 6(3)("a" to "g") are similar to the remedies that could be found in the antitrust law, when a concentration act would bring competitive concerns. Remedy 6(3)(h) seems to innovate by creating the option of repayment of the subsidy. It is not clear, however, how a repayment to the European Commission of a subsidy provided by a third country may offset or remedy the effect of the subsidy. Moreover, as the Proposal is not clear about how the subsidies are to be calculated and apparently it does not matter whether the subsidies are specific or not, this provision could be extremely punitive to companies engaged in those activities in the EU, as they may be forced to repay subsidies in amounts greater than the actual benefit if any benefit is indeed conferred, and even if the subsidy provided by the home country is not actionable according to WTO rules.

Another aspect is the prior notification of concentrations, established in Article 19 of the EU proposal:

> "Article 19 Prior notification of concentrations
>
> Notifiable concentrations shall be notified to the Commission prior to their implementation and following the conclusion of the agreement, the announcement of the public bid, or the acquisition of a controlling interest.
>
> The undertakings concerned may also notify the proposed concentration when they demonstrate to the Commission a good faith intention to conclude an agreement or, in the case of a public bid, where they have publicly announced their intention to make such a bid, provided that the intended agreement or bid would result in a notifiable concentration under paragraph 1.
>
> A concentration which consists in a merger within the meaning of Article 18(1), point (a) or in the acquisition of joint control within the meaning of Article 18(1), point (b) shall be notified jointly by the parties to the merger or by those acquiring joint control as the case may be. In all other cases, the notification shall be done by the person or undertaking acquiring control of the whole or parts of one or more undertakings.
>
> If the undertakings concerned fail to meet their obligation to notify, the Commission may review a notifiable concentration in accordance with this Regulation by requesting the notification of that concentration. In

> that case the Commission shall not be bound by the time limits referred to in Article 23(1) and (4).
>
> The Commission may request the prior notification of any concentration which is not a notifiable concentration within the meaning of Article 18 at any time prior to its implementation where the Commission suspects that the undertakings concerned may have benefitted from foreign subsidies in the three years prior to the concentration. That concentration shall be deemed to be a notifiable concentration for the purposes of this Regulation."

Although the SCM Agreement already created a notification mechanism that falls with the obligations of the Member States of the WTO, the UE proposal goes further by adding the cost of analysis of subsidies received by private companies. The notification process tends to require specific knowledge from private companies. For example, the notification of concentration acts under the antitrust law, according to the study conducted by PricewaterhouseCoopers for the International Bar Association and the American Bar Association, costs above 1 million EUR on average. The process could be even more expensive for private entities given that the European Commission would eventually conduct on-the-spot investigations and require extensive documentation to complete its analysis. Therefore, as a result of the notification process, the EC Proposal may lead to a decrease in foreign direct investment, which is in line with the 2018 UNCTAD Report, which reveals that among the cross-border mergers and acquisition cases exceeding US$ 100 million, there were at least 10 deals withdrawals due to regulatory or political reasons, which represented 17% of the cases.

Moreover, according to Article 22 of the EU Proposal, the notification of financial contributions is applicable not only to the undertakings directly involved in the concentration act, but to all the other undertakings referred to in Article 21(4), points (a) to (e). Thus, this broad definition would go further than the definition set in the SCM Agreement and would increase the burden to parties as more companies would have to provide information to the European Commission.

The comments made above about Article 19 also apply to the procedures for prior notification of foreign financial contributions in the context of public procurement as set in Article 28.

| SCM Agreement | EU Proposal |
|---|---|
| Article 25 Notifications<br>25.1 Members agree that […] their notifications of subsidies shall be submitted not later than 30 June of each year and shall conform to the provisions of paragraphs 2 through 6.<br>25.2 Members shall notify any subsidy as defined in paragraph 1 of Article 1, which is specific within the meaning of Article 2, granted or maintained within their territories.<br>25.3 The content of notifications should be sufficiently specific to enable other Members to evaluate the trade effects and to understand the operation of notified subsidy programmes. In this connection, and without prejudice to the contents and form of the questionnaire on subsidies, Members shall ensure that their notifications contain the following information: (i) form of a subsidy (*i.e.* grant, loan, tax concession, etc.); (ii) subsidy per unit or, in cases where this is not possible, the total amount or the annual amount budgeted for that subsidy (indicating, if possible, the average subsidy per unit in the previous year); (iii) policy objective and/or purpose of a subsidy; (iv) duration of a subsidy and/or any other time-limits attached to it; (v) statistical data permitting an assessment of the trade effects of a subsidy. | Article 19 Prior notification of concentrations<br>(1) Notifiable concentrations shall be notified to the Commission prior to their implementation and following the conclusion of the agreement, the announcement of the public bid, or the acquisition of a controlling interest.<br>(2) The undertakings concerned may also notify the proposed concentration when they demonstrate to the Commission a good faith intention to conclude an agreement or, in the case of a public bid, where they have publicly announced their intention to make such a bid, provided that the intended agreement or bid would result in a notifiable concentration under paragraph 1.<br>(3) A concentration which consists in a merger within the meaning of Article 18(1), point (a) or in the acquisition of joint control within the meaning of Article 18(1), point (b) shall be notified jointly by the parties to the merger or by those acquiring joint control as the case may be. In all other cases, the notification shall be done by the person or undertaking acquiring control of the whole or parts of one or more undertakings.<br>(4) If the undertakings concerned fail to meet their obligation to notify, the Commission may review a notifiable concentration in accordance with this Regulation by requesting the notification of that concentration. In that case the Commission shall not be bound by the time limits referred to in Article 23(1) and (4).<br>(5) The Commission may request the prior notification of any concentration which is not a notifiable concentration within the meaning of Article 18 at any time prior to its implementation where the Commission suspects that the undertakings concerned may have benefitted from foreign subsidies in the three years prior to the |

| | |
|---|---|
| | concentration. That concentration shall be deemed to be a notifiable concentration for the purposes of this Regulation.<br>[...]<br>Article 22<br>Aggregation of financial contributions<br>The aggregate financial contribution to an undertaking concerned shall be calculated by adding together the respective financial contributions received from third countries by all undertakings referred to in Article 21(4), points (a) to (e).<br>[…]<br>Article 28<br>Prior notification of foreign financial contributions in the context of public procurement procedures<br>(1) When submitting a tender or a request to participate in a public procurement procedure, undertakings shall either notify to the contracting authority or the contracting entity all foreign financial contributions received in the three years preceding that notification or confirm in a declaration that they did not receive any foreign financial contributions in the last three years. Undertakings which do not submit such information or declaration shall not be awarded the contract. |

Source: prepared by the authors.

Another important aspect related to prior notification is that the companies would have to make available to the European Commission all information related to the subsidies received at least in the previous three years. The European authorities to initiate, ex officio, could use that information a subsidy investigation under the SCM Agreement. Therefore, the prior notification as required under Articles 19 and 28 may be a valuable source of information for subsidy investigations under the SCM Agreement.

Article 21 indicates how to calculate the turnover. Given that this calculation is essential to the definition of subsidies that would be considered to distort internal markets, the aggregate turnover, established in Article 21(4) adds together the turnover

of the main enterprise and those of the companies directly or indirectly owned by the main enterprise.

> "(4) Without prejudice to paragraph 2, the aggregate turnover of an undertaking concerned shall be calculated by adding together the respective turnovers of:
> (a) the undertaking concerned;
> (b) those undertakings in which the undertaking concerned, directly or indirectly:
> (i) owns more than half the capital or business assets, 10 Council Directive 86/635/EEC of 8 December 1986 on the annual accounts and consolidated accounts of banks and other financial
> (ii) has the power to exercise more than half the voting rights,
> (iii) has the power to appoint more than half the members of the supervisory board, the administrative board or bodies legally representing the undertakings,
> (iv) has the right to manage the undertakings' affairs;
> (c) those undertakings which have in the undertaking concerned any of the rights or powers referred to in point (b);
> (d) those undertakings in which an undertaking as referred to in point (c) has any of the rights or powers referred to in point (b);
> (e) those undertakings in which two or more undertakings as referred to in points (a) to (d) jointly have any of the rights or powers referred to in point (b)."

Although the EU Proposal adds the turnover of the enterprises directly or indirectly related, in the SCM Agreement subsidies received by related companies would be taking into account altogether under certain circumstances. Article 10 of the SCM Agreement establishes that

> "Part V: Countervailing Measures
> Article 10: Application of Article VI of GATT 1994
> Members shall take all necessary steps to ensure that the imposition of a countervailing duty[36] on any product of the territory of any Member

> imported into the territory of another Member is in accordance with the provisions of Article VI of GATT 1994 and the terms of this Agreement. Countervailing duties may only be imposed pursuant to investigations initiated[37] and conducted in accordance with the provisions of this Agreement and the Agreement on Agriculture."

Moreover, footnote 36 defines that a countervailing duty is levied to offset any subsidy bestowed directly or indirectly upon the manufacture, production or export of any merchandise.

> "Footnote 36: The term "countervailing duty" shall be understood to mean a special duty levied for the purpose of offsetting any subsidy bestowed directly or indirectly upon the manufacture, production or export of any merchandise, as provided for in paragraph 3 of Article VI of GATT 1994."

Therefore, in a subsidy investigation conducted following the WTO Agreement, not all subsidies received by a company are countervailable in a given investigation, as it depends on whether the alleged subsidies directly or indirectly benefit the product under investigation. The subsidy may be directly tied to the product under investigation or it may be provided indirectly, as when subsidies are provided to inputs consumed in the production process of the product under investigation, thus passing through to the product concerned. This is a concern for investigating authorities in CVD investigations, as the proper allocation of a subsidy must take into account the scope of the activities benefited by such subsidy. In comparison, the EU Proposal does not seem to take into account the different activities or products which may be benefited by subsidies for the actions to be implemented by the European Commission

Besides, the EU Proposal does not establish how the amount of subsidies is to be calculated. Article 14 of the SCM Agreement establishes that the calculation of the amount of a subsidy shall be based in terms of the benefits to the recipient and provides guidelines for such calculation. However, the EU Proposal does not clarify how the subsidies will be calculated under the scope of the new procedures, as it only mentions the financial contributions in its definition of subsidy. This could be a source of uncertainty to companies and transactions covered by the new legislation.

| SCM Agreement | EU Proposal |
|---|---|
| Article 14 Calculation of the Amount of a Subsidy in Terms of the Benefit to the Recipient For the purpose of Part V, any method used by the investigating authority to calculate the benefit to the recipient conferred pursuant to paragraph 1 of Article 1 shall be provided for in the national legislation or implementing regulations of the Member concerned and its application to each particular case shall be transparent and adequately explained. Furthermore, any such method shall be consistent with the following guidelines: (a) government provision of equity capital shall not be considered as conferring a benefit, unless the investment decision can be regarded as inconsistent with the usual investment practice (including for the provision of risk capital) of private investors in the territory of that Member; (b) a loan by a government shall not be considered as conferring a benefit, unless there is a difference between the amount that the firm receiving the loan pays on the government loan and the amount the firm would pay on a comparable commercial loan which the firm could actually obtain on the market. In this case the benefit shall be the difference between these two amounts; (c) a loan guarantee by a government shall not be considered as conferring a benefit, unless there is a difference between the amount that the firm receiving the guarantee pays on a loan guaranteed by the government and the amount that the firm would pay on a comparable commercial loan absent the government guarantee. In this case the benefit shall be the difference between these two amounts adjusted for any differences in fees; (d) the provision of goods or services or purchase of goods by a government shall not be considered as conferring a benefit unless | None |

| | |
|---|---|
| the provision is made for less than adequate remuneration, or the purchase is made for more than adequate remuneration. The adequacy of remuneration shall be determined in relation to prevailing market conditions for the good or service in question in the country of provision or purchase (including price, quality, availability, marketability, transportation and other conditions of purchase or sale). | |

Source: prepared by the authors.

Another relevant aspect is that the EU Proposal does not take into account the role that foreign governments would play in the procedures, such as opportunities that foreign governments would have to comment or to oppose conclusions or determinations made by the EC, including determinations about the existence of the alleged subsidies as defined in the WTO Agreements and its amount. Besides, the SCM Agreement provides for consultations among the governments to clarify the situation and arrive at a mutually agreed solution about the subsidy investigation.

| **SCM Agreement** | **EU Proposal** |
|---|---|
| Article 12 Evidence<br>12.1 Interested Members and all interested parties in a countervailing duty investigation shall be given notice of the information which the authorities require and ample opportunity to present in writing all evidence which they consider relevant in respect of the investigation in question. 12.1.1 Exporters, foreign producers or interested Members receiving questionnaires used in a countervailing duty investigation shall be given at least 30 days for reply.[40] Due consideration should be given to any request for an extension of the 30-day period and, upon cause shown, such an extension should be granted whenever practicable.<br>12.2. Interested Members and interested parties also shall have the right, upon | Article 11 Information requests<br>(1) The Commission may require an undertaking concerned to provide all necessary information.<br>(2) The Commission may also request such information from other undertakings or associations of undertakings.<br>(3) A request for information to an undertaking or an association of undertakings shall: (a) state its legal basis and its purpose, specify what information is required and set an appropriate time limit within which the information is to be provided; (b) contain a statement that if the information supplied is incorrect, incomplete or misleading fines and periodic penalty payments provided for in Article 15 could be imposed; (c) contain a statement that, pursuant to Article 14, a lack of cooperation from the undertaking |

justification, to present information orally. Where such information is provided orally, the interested Members and interested parties subsequently shall be required to reduce such submissions to writing. Any decision of the investigating authorities can only be based on such information and arguments as were on the written record of this authority and which were available to interested Members and interested parties participating in the investigation, due account having been given to the need to protect confidential information.

12.3 The authorities shall whenever practicable provide timely opportunities for all interested Members and interested parties to see all information that is relevant to the presentation of their cases, that is not confidential as defined in paragraph 4, and that is used by the authorities in a countervailing duty investigation, and to prepare presentations on the basis of this information.[…]

12.8 The authorities shall, before a final determination is made, inform all interested Members and interested parties of the essential facts under consideration which form the basis for the decision whether to apply definitive measures. Such disclosure should take place in sufficient time for the parties to defend their interests.

Article 13
Consultations

13.1 As soon as possible after an application under Article 11 is accepted, and in any event before the initiation of any investigation, Members the products of which may be subject to such investigation shall be invited for consultations with the aim of clarifying the situation as to the matters referred to in paragraph 2 of Article 11 and arriving at a mutually agreed solution.

concerned allows the Commission to take a decision on the basis of the facts that are available.

(4) At the request of the Commission, Member States shall provide it with all necessary information to carry out the duties assigned to it by this Regulation.

5) The Commission may also request a third country concerned to provide all necessary information

| | |
|---|---|
| 13.2 Furthermore, throughout the period of investigation, Members the products of which are the subject of the investigation shall be afforded a reasonable opportunity to continue consultations, with a view to clarifying the factual situation and to arriving at a mutually agreed solution.[44]<br>13.3 Without prejudice to the obligation to afford reasonable opportunity for consultation, these provisions regarding consultations are not intended to prevent the authorities of a Member from proceeding expeditiously with regard to initiating the investigation, reaching preliminary or final determinations, whether affirmative or negative, or from applying provisional or final measures, in accordance with the provisions of this Agreement.<br>13.4 The Member which intends to initiate any investigation or is conducting such an investigation shall permit, upon request, the Member or Members the products of which are subject to such investigation access to non-confidential evidence, including the non-confidential summary of confidential data being used for initiating or conducting the investigation. | |

Source: prepared by the authors.

The abovementioned differences between the WTO Agreement and the EU Proposal on foreign subsidies distorting the internal market highlighted in this article are not intended to be exhaustive and the authors believe that there is plenty of room for further analysis. The EU Proposal certainly will help foster a relevant discussion about the overlaps between trade rules and competition law.

While trade rules thrived in the multilateral system, efforts to address competition under the WTO have not been successful and competition law has remained to a great extent defined by domestic legislation, not being covered by multilateral agreements. Although international bodies such as International Competition Network (ICN) United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) and

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) publishes recommendations and guidelines on competition topics, and evaluate the competition policies of their peers, there is no international agreement that binds the competition authorities of different countries.

## 3. Trade Law and Competition Law

As proposed by Luca Rubini in his extensive comparison between the WTO rules on subsidies and the EU Law on State Aid, the goals of subsidy control may be analyzed from two perspectives: trade and competition/welfare perspective.

The former focuses on the concept of market access so that national markets are open to the flows of foreign products and services. From this point of view, subsidies are deemed as barriers to market access. Domestic subsidies may offset the effects of trade liberalization provided through tariff concessions. Subsidies contingent upon export performance or subsidies contingent upon the use of domestic over imported goods most directly distort international trade, promoting export competitiveness of the subsidized exports or discriminating against imports by subsidizing purchases of domestic goods.

The latter focuses on the possible distortions of the competitive process, misallocations, market failures, and other externalities. Subsidies may hinder or eventually promote welfare, depending on a complex net of externalities, as well as existing market failures or social and distributive objectives.

Either way, it is of utmost importance to recognize that subsidies are commonly used by countries as public policy tools to promote or to discourage different behaviors by economic agents. As such, the control of subsidies is usually subject to a complex debate among different players.

As described by Dominic Coppens, the negotiations that led to the existing rules on subsidies in the multilateral trade system were rather complex, as a very difficult balance had to be reached by the negotiating parties between developing disciplines to avoid beggar-thy-neighbor policies and subsidy races, on the one hand, and leaving sufficient policy space for countries to implement their public policies, on the other hand. After several rounds of negotiations, the Members arrived at the current SCM Agreement, which was the first multilateral agreement to present a legal concept of subsidy (the 1979 Subsidies Code from the GATT era lacked such definition). This definition involved, for example, the requirement of a financial contribution, which involves an act by the government or public body and avoids a purely effects-based approach, as advocated by the United States during the negotiations. It also mandates that an actionable subsidy has

to be specific to a company or industry or a group of companies or industries – therefore excluding subsidies that are general in nature, and available to all or nearly all entities – allowing countries to create broad development plans without being in violation of the Agreement, for instance.

In the context of the EU, the State Aid control presents even stricter rules on how the Member States may provide subsidies to their companies, in the light of the virtually complete market integration among such Members and the need to avoid distorting the competition in the internal market. Even though there is still some room for policy space, the existence of State Aid law and the European Common competition law, established by the Treaty on the Functioning of the European Union, allowed the European Union to avoid adopting trade remedies (including countervailing measures to offset subsidies) among the Members States.

When it comes to competition policy in the multilateral trading system, between 1996 and 2004, there was an attempt at discussing the interaction between trade and competition policy. At the Singapore Ministerial Conference of the WTO in 1996, the WTO Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy (WGTCP) was set up "to study issues raised by Members relating to the interaction between trade and competition policy, including anti-competitive practices, in order to identify any areas that may merit further consideration in the WTO framework". Later, at Doha (2001), the Ministers "recognized the case for a multilateral framework to enhance the contribution of competition policy to international trade and development, and the need for enhanced technical assistance and capacity-building in this area", and an agenda was set for discussions. However, in Cancun (2003), although Ministers reaffirmed their commitment, no consensus could be reached for negotiations in this area. In 2004, the WTO General Council decided that the issue of competition policy would no longer form part of the Work Programme in the Doha Round.

The new EU Proposal seems to bring the subject of subsidies and competition policy to a whole other level, apparently not covered by any previous negotiations at the multilateral trading system. The Proposal is clearly inspired by the definitions established in the SCM Agreement, however, it does not strictly observe the requirements of the Agreement, as it is clear from the analysis presented in this article. As such, if adopted, these rules may be litigious among other WTO Members should their companies be seriously affected.

The negotiating history of the WTO, both about subsidies and competition law, shows how difficult it may be to reach a consensus among WTO Members on sensitive issues. Perhaps that is the reason why some Members are leaning towards unilateral action, as recently happened with the new legislation by the United States

regarding currency manipulations under the CVD domestic legislation, which lacks a clear standing in the SCM Agreement. This new proposal by the European Commission apparently follows the same path, as the regulation is not being discussed at the multilateral level and, in our opinion, does not fully comply with the SCM Agreement.

## 4. Conclusion

Even though the proposal analyzed in this article is the draft that was submitted for analysis by the European Parliament, and thus it is may not be the final text that will come into force, it portrays the willingness of the European Commission to unilaterally counteract the granting of subsidies by third parties countries and their perceived effects on the European internal market in the field of antitrust law.

The new regulation, in its current form, apparently goes beyond the rights and obligations agreed by the WTO Members under the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures by establishing penalties to companies that received foreign financial contributions, even though, under the multilateral agreement, such financial contributions may eventually not be considered as actionable subsidies if the multilateral rules were to be fully observed. It is important to note that although this article focused its analysis on the comparison between the proposed regulation and the SCM Agreement, further analysis should be conducted to understand the relation of the EU's proposed regulation and its commitments under the WTO's Government Procurement Agreement (GPA) and other government procurement provisions the EU has assumed on bilateral trade agreements.

It is also evident the room for discretion available to European authorities in order to balance the positive and negative effects of the subsidies. Depending on how this discretion will be exercised by the European Commission in making its decisions about the applicable penalties, the WTO principles concerning non-discrimination may be in jeopardy. Besides, only non-European companies will have to bear the substantial costs necessary to notify financial contributions received, and non-European companies may be excluded from participating in bids, or be prevented from participating in mergers and acquisitions, even after having fulfilled the requirements of prior notification, and even if they have received financial contributions in amounts lower than they could have been received by competing European companies – being such penalties completely under the discretionary powers of the European authorities.

It is undeniable that subsidies given by governments are a major cause of distortions in trade and in competition. It is also a fact that the current rules of the WTO Agreements, especially the provisions of the SCM Agreement, fall short in the face of

challenges posed by massive subsidization, as recognized by the OECD. Recognizing the EC intent to set a framework to deal with the effects of trade distorting foreign subsidies which currently seems not sufficient in the multilateral trading system, it is important to emphasize both the importance of the multilateral rules-based system and that unilateral measures may do more harm than good.

Considering the complex interplay of trade law and competition law, which has been subject to many multilateral discussions throughout the years, the search for unilateral measures against trade or competition distortions does not seem to be the best path. It is understandable that the increase in international trade flows and in foreign direct investment may cause frictions among countries and raise challenges to national authorities. However, the choice of resorting to unilateral action may give room for retaliations among countries, and eventually lead to more protectionism and counteractions that will diminish market access and welfare. In order to preserve the multilateral rules-based system, such policy initiatives should be addressed at the World Trade Organization or another global forum.

**References**

Coppens, Dominic. *WTO disciplines on subsidies and countervailing measures: Balancing policy space and legal constraints*. Vol. 12. Cambridge University Press, 2014.

European Commission. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market*. COM/2021/223 final - 2021/0114 (COD), 5 May 2021

Maiolino, Isabela. *A cooperação internacional no controle dos atos de concentração transnacionais no brasil*. Universidade de Brasília. 2020

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Measuring distortions in international markets: the aluminium value chain*, OECD Trade Policy Papers, No. 218, OECD Publishing, Paris, 2019.

Rubini, Luca. *The definition of subsidy and state aid: WTO and EC Law in comparative perspective*. Oxford University Press, 2009.

United Nations Conference on Trade and Development. World Investment Report 2018.

Van den Bossche, Peter; Zdouc, Werner. *The law and policy of the World Trade Organization: text, cases and materials*. 4. ed. Cambridge University Press, 2017

World Trade Organization. *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, 15 April 1994.

# 20. CONCENTRAÇÃO SETORIAL NA APLICAÇÃO DE MEDIDAS *ANTIDUMPING* NO BRASIL: ANÁLISE DE FATORES JURÍDICOS E ECONÔMICOS[1]

## *20. SECTORAL CONCENTRATION IN THE APPLICATION OF ANTI-DUMPING MEASURES IN BRAZIL: ANALYSIS OF LEGAL AND ECONOMIC FACTORS*

Anna Carolina Nogueira e Naiana Magrini

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. FATOR JURÍDICO/NORMATIVO QUE PODE INFLUENCIAR NA CONCENTRAÇÃO DAS MEDIDAS *ANTIDUMPING*. 3. VARIÁVEIS MACROECONÔMICAS QUE PODEM INFLUENCIAR NA CONCENTRAÇÃO DAS MEDIDAS *ANTIDUMPING*. 4. VARIÁVEIS MICROECONÔMICAS SETORIAIS QUE INFLUENCIAM NA CONCENTRAÇÃO DAS MEDIDAS ANTIDUMPING. 4.1. A concentração como principal fator microeconômico setorial. 4.2. Dinâmica concorrencial no âmbito da investigação *antidumping*. 4.3. Outras variáveis microeconômicas setoriais. 5. OUTROS FATORES ECONÔMICOS SETORIAIS. 5.1. O lobby como variável descrita na economia política. 5.2. Fator aprendizagem e o impacto dos custos envolvidos em um procedimento *antidumping*. 5.3. O efeito cascata . 6. CONCLUSÃO.

**RESUMO:** Dados setoriais demonstram que as medidas de defesa comercial, notadamente o *antidumping*, concentram-se em setores específicos. O presente artigo analisa possíveis fatores que possam justificar que alguns setores tenham mais sucesso em pleitos *antidumping* do que outros, dando enfoque na análise concorrencial, sob o aspecto normativo e doutrinário..

**ABSTRACT:** *Sectorial data show that trade remedies measures, notably antidumping, are concentrated on certain specifics sectors. This article analyzes possible factors that may justify that some sectors are more successful in antidumping claims than others, focusing on competitive analysis, from the normative aspect and the ones described in the economic literature.*

[1] As autoras reforçam que o presente artigo retrata exclusivamente suas opiniões acadêmicas e pessoais sobre o tema e de nenhuma forma refletem possíveis opiniões das instituições que representam ou venham a representar.

## 1. Introdução

As medidas de defesa comercial surgiram como uma espécie de válvula de escape para os processos de liberalização comercial.[2] Desse modo, tinham como objetivo proteger os países de práticas comerciais que pudessem prejudicar a indústria nacional, oferecendo um ambiente mais seguro para que os países se propusessem a iniciar um processo de liberalização comercial, com menos entraves à importação.[3] As medidas de defesa comercial podem ser subdivididas em medidas de salvaguardas,[4] medidas compensatórias[5] e medidas *antidumping*,[6] cada uma delas visando amenizar um problema específico. O presente trabalho focará nas medidas *antidumping*, por serem estas as medidas mais comuns mundialmente e no Brasil.[7]

O *dumping* pode ser definido como se segue: "um produto é objeto de *dumping*, isto é, introduzido no mercado de outro país a preço inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto, quando exportado de um país para outro, for inferior ao preço comparável, praticado no curso de operações comerciais normais, de um produto similar destinado ao consumo no país exterior".[8, 9]

---

KANNEBLEY JR, Sérgio. OLIVEIRA, Glauco. Antidumping e concorrência no Brasil. **Revista Funcex**, 2019.

[3] NEUFELD, Inge Nora. Anti-dumping and Countervailing procedures – use or abuse? Implications for Developing Countries. Policy Issues In **International Trade and Commodities Study Series** 9. UNCTAD, 2001, pg. 1. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/itcdtab10_en.pdf. Acesso em 23.06.2021.

[4] Segundo o art. 2.1 do Acordo de Salvaguardas da OMC, as medidas de salvaguarda podem ser aplicadas quando um produto está sendo importado para o território de determinado membro em quantidades crescentes, absolutas ou relativas à produção nacional, e em condições tais que causem ou ameacem causar prejuízo grave à indústria nacional que produz produtos similares ou diretamente concorrentes. Disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg_e.htm. Acesso em 23.06.2021.

[5] Conforme definido no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC, uma medida compensatória tem a finalidade de compensar qualquer subsídio conferido direta ou indiretamente na fabricação, produção ou exportação de qualquer mercadoria. Disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf. Acesso em 23.06.2021.

[6] Medidas antidumping, conforme estabelecido no artigo VI, do GATT 1947, podem ser aplicadas quando o produto originário de determinado país é importado por valor inferior ao seu valor normal, causando ou ameaçando causar danos à indústria doméstica do país importador. Disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm#art6. Acesso em 23.06.2021.

[7] Dados da OMC demonstram que entre 01/01/1995 e 30/06/2020, 4012 medidas antidumping foram aplicadas pelos países membros e o Brasil foi responsável por aplicar 266 dessas medidas. Para as medidas de salvaguarda e compensatórias os números são bem mais modestos: no mesmo período os países membros aplicaram 191 salvaguardas, das quais o Brasil foi responsável por apenas 2, e 337 medidas compensatórias, das quais o Brasil foi responsável por apenas 10. Dados coletados por membro aplicador, disponíveis pelo WTO Gateway, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm, https://www.wto.org/english/tratop_e/safeg_e/safeg_e.htm e https://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/scm_e.htm Acesso em 15.05.2021.

[8] Decreto 93.941, de 16 de janeiro de 1987, publicado no DOU de 19/01/1987 e republicado no DOU de 02/02/1987, art. 2º, 1.

[9] O artigo 2.1 do Acordo Antidumping da OMC define o dumping da seguinte forma: "um produto deve ser considerado como sendo comercializado a preços de dumping, ou seja, importado por um outro país por valor inferior ao seu valor normal, se o preço de exportação do produto exportado de um país para outro é inferior ao

O *dumping* é classificado como uma prática desleal[10] de comércio[11] e pode também ser interpretado como uma forma de discriminação de preços que tem como objetivo causar danos à indústria doméstica do país importador.[12]

Do ponto de vista microeconômico[13], determinada firma, detendo poder de mercado, maximizará seu lucro ao igualar receita marginal ao custo marginal; na hipótese de economia aberta, diante da possibilidade de exportar, a firma realizará a discriminação de preços para manter o custo marginal igual à receita marginal no mercado doméstico, e exportará a um preço inferior, que equalize o custo marginal.[14] Para que essa estratégia seja exitosa, é necessário que haja, portanto, capacidade de que o produtor doméstico sustente perdas a curto prazo provenientes de preços baixos e tenha capacidade de ofertar ao mercado importador a preços reduzidos.[15] O *dumping* predatório concretiza-se quando a diferenciação de preços é realizada no intuito de eliminar a concorrência no mercado externo, o que possibilitaria o aumento de preços no médio ou longo prazo. Assim, o poder de mercado doméstico se estenderia em plano internacional.

No contexto da Organização Mundial do Comércio (OMC), a prática de *dumping* não é proibida. Todavia, pode ser condenável quando causar danos à indústria doméstica do país importador. A essência das regras que regulam o *antidumping* na OMC, portanto, é que os

preço comparável, no curso normal do comércio, para o produto similar quando destinado ao consumo no país exportador." (tradução livre). Disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp.pdf. Acesso em 23.06.2021.

[10] Cabe ressalvar quanto à expressão "prática desleal" que, no âmbito da literatura econômica, o termo "desleal" costuma ser relativizado, sendo utilizadas expressões como "supostamente desleal" ou não utilizando o termo. O Acordo Antidumping da OMC não traz um posicionamento sobre a utilização da expressão: If a company exports a product at a price lower than the price it normally charges on its own home market, it is said to be "dumping" the product. Is this unfair competition? Opinions differ, but many governments take action against dumping in order to defend their domestic industries. The WTO agreement does not pass judgement. Its focus is on how governments can or cannot react to dumping — it disciplines anti-dumping actions, and it is often called the **"**Anti-Dumping Agreement**".** (Disponível em https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm8_e.htm. Acesso em 30.06.2021).

[11] ANDERSEN, Henrik. Technology Promotion in WTO Law: The Discrepancy between Trade, IP Protection, and Competition Law? – The Case with EU's Antidumping Policies. **Copenhagen Business School Law Research Paper Series No. 20-04**. p 2.

[12] POERSCHKE, Rafael Pentiado**. A Aplicação de Direitos Antidumping no Brasil: o caso dos calçados importados da China.** Tese (Doutorado), Faculdade de Ciências Econômicas, Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais, Porto Alegre, 2018.

[13] VARIAN, Hal R., **Microeconomia,** Princípios Básicos. Ed. Campus, 7ª ed., 2003.

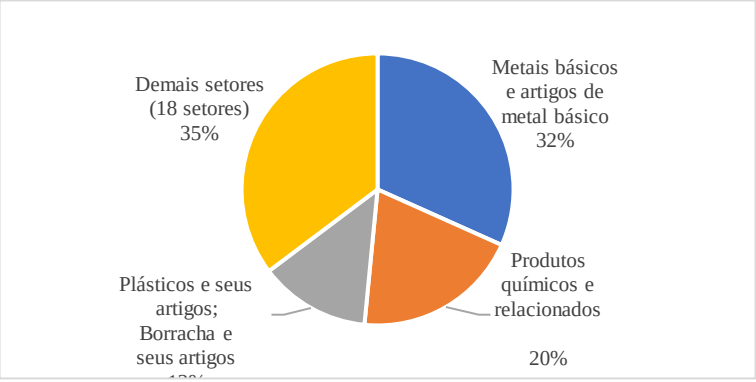
[14] Hipótese na qual as firmas em concorrência perfeita maximizam seu lucro.

[15] KANNEBLEY JR, Sérgio. OLIVEIRA, Glauco.

países são autorizados a adotar medidas para proteger sua indústria doméstica dos efeitos danosos da prática.[16]

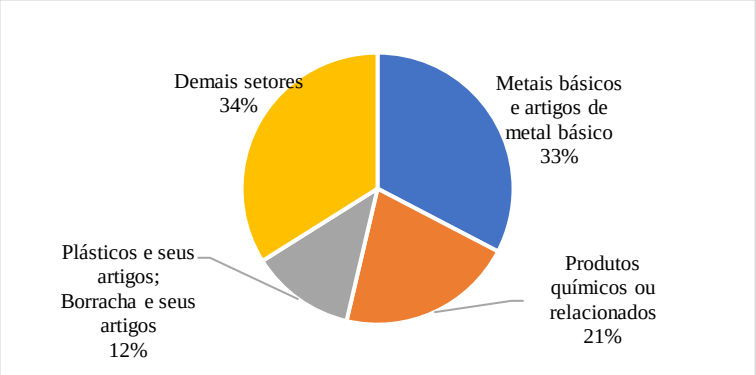
Apesar de não haver, ao menos em tese, limitações setoriais para se requerer ou aplicar medidas *antidumping*, o que se nota é que há concentração setorial nos setores de metais, produtos químicos e plásticos, não só das investigações iniciadas, mas também das medidas aplicadas pelos países membros da OMC, conforme gráficos abaixo:[17]

**Gráfico 1 – Investigações iniciadas pelos membros da OMC (1995-2020)**




Fonte: WTO Gateway

**Gráfico 2 – Medidas *antidumping* aplicadas pelos membros da OMC (1995-2020)**



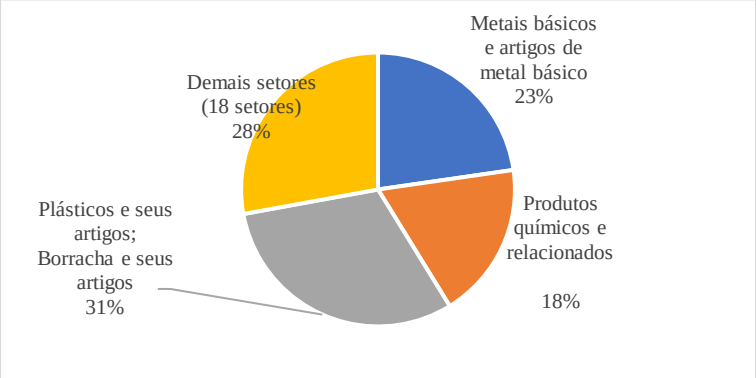

Fonte: WTO Gateway

[16] VAN DEN BOSSCHE,p 513.

[17] Dados da OMC que levam em consideração o período de 01/01/1995 a 30/06/2020, coletados por membro aplicador - WTO Gateway.Disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm. Acesso em 23.06.2021.

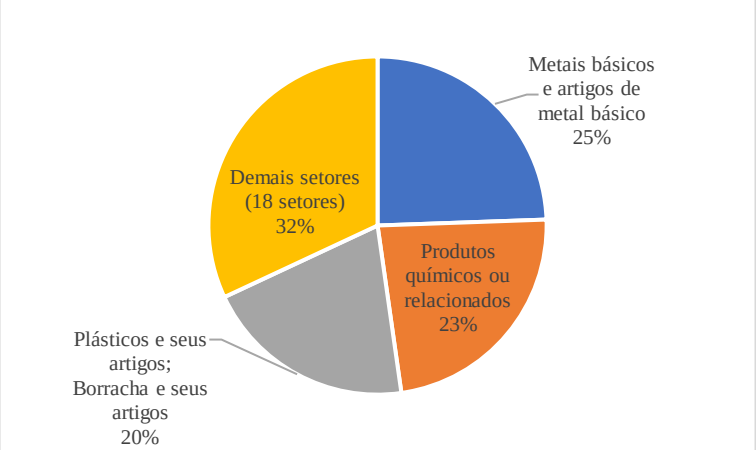
No Brasil, é possível notar um padrão bastante similar, tendo em vista que tanto as investigações, quanto as medidas aplicadas se concentram nestes mesmos três setores:[18]

**Gráfico 3 – Investigações iniciadas pelos membros da OMC (1995-2020)**




Fonte: WTO Gateway

**Gráfico 4 – Medidas *antidumping* aplicadas pelos membros da OMC (1995-2020)**




Fonte: WTO Gateway

[18] Dados da OMC que levam em consideração o período de 01/01/1995 a 30/06/2020, coletados por membro aplicador - WTO Gateway. Disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm.Acesso em 23.06.2021.

O presente trabalho tem como intuito investigar as principais razões que podem influenciar na concentração das medidas *antidumping* pleiteadas e aplicadas a esses poucos setores, sob o aspecto normativo, e apresentando as principais variáveis descritas na literatura econômica. A hipótese é que o fator concorrencial se configura como uma das principais variáveis que afetam o êxito dos pleitos de proteção administrada, e tal fator é reforçado por um aspecto jurídico/normativo e por outras variáveis que são descritas na literatura econômica sobre *antidumping*.

Para alcançar tais objetivos, o desenvolvimento do presente artigo divide-se em 4 seções. Posteriormente à introdução, a seção 2 traz o possível impacto de um aspecto normativo contido no próprio Acordo *Antidumping*, que, refletido nas legislações domésticas dos países membros da OMC, acaba por impactar também o número de medidas aplicadas em determinados setores. Em seguida, as seções 3 e 4 analisam, respectivamente, os possíveis impactos de fatores macro e microeconômicos, com especial enfoque à concorrência, na concessão de medidas *antidumping*. Após demonstrada a importância dos aspectos concorrenciais na concentração em determinados setores das investigações iniciadas e medidas *antidumping* aplicadas, a seção 4 traz a discussão para o âmbito da investigação *antidumping*, demonstrando de que maneira os aspectos concorrenciais são atualmente avaliados pela autoridade de defesa comercial. Por fim, a seção 5 analisa outros fatores econômicos que poderiam também impactar na aplicação das medidas *antidumping*, como o chamado "efeito cadeia", segundo o qual a concessão de uma medida *antidumping* a montante em uma cadeia produtiva pode favorecer a concessão de proteção em outros elos a jusante.

## 2. Fator jurídico/normativo que pode influenciar na concentração das medidas *antidumping*

Um possível fator que poderia impactar na concentração de medidas de defesa comercial em determinados setores são os próprios dispositivos normativos que regulam o *antidumping*. É sabido que a legislação *antidumping* tem grande impacto na prática. No Brasil, por exemplo, a elaboração e publicação do Decreto 8.058, de 26 de julho de 2013, conferindo maior transparência, com redução dos prazos e custos para as partes interessadas, teria favorecido o aumento de número de pleitos e, consequentemente, o aumento de investigações

e medidas aplicadas.[19] Seria então possível deduzir que dispositivos contidos em normativas vigentes poderiam interferir, em alguma medida, nos pleitos por medidas *antidumping*.

É o caso da definição do termo "indústria doméstica". O Acordo *Antidumping* da OMC, refletido na legislação doméstica de seus Estados membros, contém dispositivos que podem favorecer setores mais concentrados e/ou mais organizados. Por exemplo, de acordo com o art. 4.1 do Acordo *Antidumping* o termo "indústria doméstica" "deve ser interpretado como referindo-se aos produtores domésticos como um todo de produtos similares ou àqueles cuja produção coletiva dos produtos constitua uma proporção importante da produção doméstica total desses produtos (...)".[20] O dispositivo foi incorporado à legislação brasileira na forma do art. 34, do Decreto 8.058/2013:

> "Para os fins deste Decreto, o termo indústria doméstica será interpretado como a totalidade dos produtores do produto similar doméstico.
> Parágrafo único. Quando não for possível reunir a totalidade dos produtores referidos no caput, e desde que devidamente justificado, o termo poderá ser definido como o conjunto de produtores cuja produção conjunta constitua proporção significativa da produção nacional total do produto similar doméstico."[21]

De acordo com Decreto 8.058/2013, que regula a aplicação do *antidumping* no Brasil, a petição de início de investigação deve ser protocolada pela indústria doméstica ou em seu nome e para isso é necessário que outros produtores domésticos que compõem a indústria doméstica e que produziram o produto similar durante o período de investigação de *dumping*

[19] KANNEBLEY JUNIOR, Sérgio; REMÉDIO, Rodrigo Ribeiro; e OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio Oliveira. Antidumping e Concorrência no Brasil: uma análise empírica. Avaliação de Políticas Públicas no Brasil: uma análise das políticas de defesa da concorrência. **IPEA**, 2020, V. 5. p. 211.

[20] OMC. Antidumping Agreement. Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp_01_e.htm> acesso em 15.05.2021.

[21] BRASIL. Decreto 8.058, de 26 de julho de 2013, publicado no Diário Oficial de 29/07/2013 e retificado em 30/12/2013.

tenham sido consultados. Os produtores domésticos que manifestem seu apoio ao pleito devem representar, no mínimo, 25% da produção do produto similar no período investigado.[22]

Tendo em vista a limitação expressa contida na legislação brasileira para que a "indústria doméstica", uma das pleiteantes legítimas do direito *antidumping*, represente mais de cinquenta por cento da produção total do produto similar, tal dispositivo acaba por favorecer setores mais concentrados, que terão mais facilidade em cumprir tais requisitos e apresentarem seus pleitos. Setores fragmentados, nos termos do art. 37, §3º, do Decreto 8.058/2013, podem apresentar o grau de apoio ou rejeição ao pleito a partir de uma amostra estatisticamente válida. Contudo, o procedimento é mais trabalhoso, complexo e demorado e os pleitos de indústrias fragmentadas no Brasil ainda são consideravelmente menos frequentes.

Ou seja, na apresentação de um pleito *antidumping*, setores mais concentrados, que tenham um menor número de *players* e que, por isso, conseguem alcançar o mínimo de representatividade definido pela lei com menores esforços, já têm alguma vantagem. Logo, a própria definição de quem seria o pleiteante legítimo de uma medida de defesa comercial já contribui para que as medidas se concentrem em setores específicos, que sejam mais concentrados, como é o caso dos setores de metais, produtos químicos e plásticos.

## 3. Variáveis macroeconômicas que podem influenciar na concentração das medidas *antidumping*

Este capítulo tem como objetivo apresentar algumas das variáveis macroeconômicas, descritas na literatura econômica sobre *antidumping*, que impactam de maneira agregada no aumento do número de solicitações *antidumping* e que elevam a probabilidade de deferimento dos pleitos realizados pelas indústrias domésticas de determinados setores.[23] Há vários estudos empíricos na literatura econômica que apresentam

[22] Decreto 8.058/2013, art. 37, §2º.

[23] Cabe ressaltar, para fins metodológicos, a diferenciação no nível de tomada de decisão entre os agentes: os setores econômicos tomam a decisão de pleitear medidas antidumping e os governos dos países tomam a decisão de implementar ou não as medidas. Assim, os dados analisados na literatura podem ser referentes ao número de investigações pleiteadas ou iniciadas, ou ao número de medidas antidumping implementadas pelas autoridades investigadoras dos países. Nessa seção, apresentaremos variáveis que afetam tanto a decisão dos setores na solicitação da proteção antidumping, quanto a decisão dos países em acatar os pleitos, tendo em vista sua complementariedade. Cabe destacar ainda que, em uma análise setorial, a proporção entre investigações iniciadas e medidas aplicadas se mantém, ou seja, setores que concentram maior quantidade de investigações iniciadas,

os fatores que determinam a adoção de uma medida antidumping (AD) por um país. Esta seção traz a linha mais tradicional que afirma que o *antidumping* é função de problemas macroeconômicos. A literatura propõe que o crescimento econômico seria inversamente proporcional às determinações positivas de *antidumping*, enquanto o aumento nas importações, o câmbio valorizado e os desequilíbrios macroeconômicos estariam diretamente relacionados.[24] Assim, motivações conjunturais, como a sobrevalorização cambial e as crises financeiras, afetariam o desempenho setorial e elevariam o número de solicitações de proteção administrada, aumentando a pressão protecionista da indústria doméstica sobre o governo para a aplicação de medidas de defesa comercial.

A hipótese de que o *antidumping* é utilizado no intuito de corrigir fraquezas macroeconômicas domésticas e reduzir a pressão competitiva internacional leva a uma tendência de que o instrumento seja utilizado para produzir aumento no poder de mercado dos produtores nacionais, a despeito de prejuízos no bem-estar dos consumidores domésticos, indicando um "mau uso" deste instrumento, uma vez que haveria um desvio em relação ao objetivo central de corrigir distorções provocadas pelo comércio desleal.[25] Assim, mesmo que a investigação AD tenha cunho técnico, a literatura reconhece que as autoridades de defesa comercial possam ser pressionadas por fatores macroeconômicos, devido a pressões protecionistas causadas em períodos de recessão ou valorização cambial.

Jallab *et al.* [26] analisam casos nos Estados Unidos e União Europeia entre 1990 e 2002 e afirmam que é possível relacionar o aumento da competitividade internacional e a flutuação do câmbio e do Produto Interno Bruto com a probabilidade da procura pela proteção administrada. De acordo com o estudo, das três variáveis analisadas, todas tiveram impacto na

tendem a concentrar maior quantidade de medidas aplicadas. Sendo assim, é possível inferir que fatores que interferem na motivação dos setores em iniciar uma investigação, também podem impactar na concessão do direito pleiteado e vice e versa.

[24] SAMPAIO OLIVEIRA, Glauco Avelino. A economia política do antidumping no Brasil – proteção, concorrência e desempenho econômico. In **Ideias em competição – 10 anos do Prêmio IBRAC-TIM**: 2015-2019, Singular, 2020.

[25] FIRME, Vinícius de Azevedo Couto Firme; VASCONCELOS, Cláudio R. F.; MATTOS, Rogério da Silva. **O Efeito de Variáveis Macroeconômicas sobre a Efetividade de Medidas Antidumping: Uma Análise Robusta para a economia Brasileira e Argentina**. UFJF: Programa de Pós-Graduação em Economia. 2014. (Texto de Discussão – 009).

[26] JALLAB, Mustapha S.; SANDRETTO, René; GBAKOU, Monnet Benoit P. Antidumping Procedures and Macroeconomic Factors: A Comparison between the United States and the European Union. Global Economy Journal, De Gruyter, v. 6, n. 3, 2005. 18 p.

abertura de novos procedimentos nos Estados Unidos, enquanto as variações no produto e na concorrência externa não foram determinantes na União Europeia.

Para o caso brasileiro em específico, Barbosarealiza uma análise específica para o setor do aço e mostra que o câmbio é uma variável relevante para esse setor. Majoritariamente, os estudos apontam que variáveis macroeconômicas influenciam a implementação de medidas AD no Brasil.

Firme, Vasconcelos e Mattos[27], por exemplo, analisam empiricamente[28] a demanda por medidas AD na Argentina e no Brasil e verificam que as variáveis macroeconômicas, como as desvalorizações da taxa real de câmbio e o crescimento da renda externa, reduzem o número de investigações de AD, com influência mais intensa na Argentina. Já para a inflação, os autores concluíram que teve efeito nulo no aumento das medidas no Brasil e positivo na Argentina. Assim, encontram evidências de que a legislação AD possa estar sendo utilizada como instrumento político, desconectando-a de seu principal objetivo de inibir práticas comerciais desleais. Por fim, cabe ressaltar que os setores reagem de maneiras distintas aos choques econômicos e às variáveis macroeconômicas. Alguns setores, por exemplo os que utilizam insumos importados, podem se beneficiar do câmbio apreciado, e as indústrias que enfrentam mais concorrência internacional são mais propensas a buscar a proteção do Governo.

## 4. Variáveis microeconômicas setoriais que influenciam na concentração das medidas *antidumping*

### 4.1. A concentração como principal fator microeconômico setorial

A ação das empresas sobre o sistema decisório é determinada por uma série de características setoriais. Nessa seção, daremos enfoque à concorrência como variável que

[27] FIRME, Vinícius de Azevedo Couto Firme; VASCONCELOS, Cláudio R. F.; MATTOS, Rogério da Silva. The effect of macroeconomic variables on the opening of antidumping measures: A robust analysis for Brazilian and Argentine economy. **Rev Dev Econ**. 2018; 22:434–457.

[28] Os autores utilizaram microdados com maior grau de desagregação, selecionando as variáveis mais relevantes por meio do teste de Sala-i-Martin, devido ao número limitado de observações avaliadas sobre AD, e estimando o modelo de regressão de Poisson. Os resultados encontrados divergem de resultados anteriores (2012 e 2014) encontrados pelos mesmos autores, nos quais algumas variáveis, como o câmbio, não haviam sido significativas para explicar o número de medidas AD adotadas no Brasil.

favorece o êxito de alguns setores nos pleitos de proteção administrada. Verifica-se que existem duas maneiras distintas pelas quais pode-se relacionar a existência de estruturas oligopolísticas ao conceito de *dumping*/*antidumping*. Primeiramente, conforme visto na definição de *dumping* pela teoria econômica, apresentada na introdução deste artigo, presume-se que haja poder de mercado para que as firmas realizem a discriminação de preços entre o mercado doméstico e o internacional. Assim, o que a prática internacional[29] mostra e que se coaduna com essa definição, é que, majoritariamente, os setores nos quais ocorre *dumping* são caracterizados por oligopólios internacionais, o que pode contribuir para a realização das práticas desleais de comércio.

De fato, conforme visto na introdução deste artigo, de acordo com dados da OMC, 66% das medidas *antidumping* aplicadas no mundo entre 1995 e 2020 concentravam-se em setores tradicionalmente oligopolistas, em especial no siderúrgico (33%), e no de produtos químicos (21%). Da mesma forma, tendo em vista que é possível verificar o chamado "efeito contágio"30 intrasetorialmente, e que os produtos analisados nas investigações AD devem ser similares, verifica-se no mesmo período que, no Brasil, há a mesma concentração setorial em setores concentrados: 67% das investigações foram aplicadas nestes três mesmos setores, com prevalência no setor de plásticos (24%) e metais (23%).

Ao analisar-se características específicas do setor de produtos químicos, como exemplo, verifica-se que a discriminação internacional de preços realizada no setor leva a uma situação de *dumping* estrutural ou de longo prazo, como parte de uma política maximizadora de lucros que permite a poucas empresas aumentarem a capacidade de suas plantas.[31] Nos grandes centros produtores internacionais, a escala de produção é muito elevada e as vendas domésticas, que são reguladas por contratos que permitem preços superiores aos custos

[29] HOEKEMAN, Bernard; MARTIN, Will. Reducing distortions in international commodity markets: an agenda for multilateral cooperation. In: EVENETT, Simon J.; JENNY, Frederic (ed.). **Trade, competition, and the pricing of commodities. Centre for Economic Policy Research** (CEPR), 2012.

[30] Conforme POERSCHKE, o efeito contágio é relacionado ao chamado "efeito clube", e consiste no aumento do número de países que incorporam em seus ordenamentos jurídicos pátrios legislações de defesa comercial, ao perceberem a flexibilidade desses instrumentos enquanto política comercial, e também por conta do aumento no número de acordos comerciais entre os países.

[31] PIANI, Guida. Medidas antidumping, anti-subsídios e de salvaguardas: experiência recente e perspectivas no Mercosul. Texto para discussão nº 541, **IPEA**, Rio de Janeiro, 1998.

marginais, não são suficientes para exaurir as quantidades produzidas, daí as exportações, em que os preços igualam-se aos custos marginais.

Atualmente, os dados das investigações *antidumping* em curso na Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM)[32], autoridade de defesa comercial brasileira, não divergem do padrão de concentração setorial em setores com estrutura concentrada de oferta da produção nacional. Das 18 investigações *antidumping* atuais, verifica-se, conforme as seções e capítulos da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), que 61% estão concentradas nos três setores descritos acima: produtos químicos (27,8%), metais (22,2%) e plásticos e borracha (11,1%). A segunda maneira na qual há uma intersecção entre os conceitos de *dumping* e concentração é no âmbito da apresentação do pleito *antidumping* no mercado doméstico, pela facilidade de organização dos dados da indústria quando a estrutura competitiva do mercado é mais concentrada. Essa hipótese também se coaduna com a discussão sobre *lobby* como fator de organização e mobilização para apresentação do pleito *antidumping*, como veremos na seção seguinte.

Nesse sentido, destacamos o conceito de indústria fragmentada como contraponto aos setores concentrados. Os pleitos de indústrias fragmentadas no Brasil ainda são muito menos frequentes que os dos setores concentrados, o que é explicado pelas características descritas neste trabalho que favorecem o êxito nas petições *antidumping*. Há dispositivos normativos que garantem que o grau de apoio à petição seja confirmado mediante amostra, e que os prazos e requisitos aplicáveis sejam diferenciados das demais investigações[33], contudo, mesmo com tais isenções, o número de petições apresentadas e implementadas por setores pulverizados ainda é consideravelmente menor.

Por fim, outra discussão presente na literatura configura-se em como as medidas *antidumping* afetam os indicadores de estrutura de mercado, num mecanismo de retroalimentação com fatores que diminuem a concorrência. Sob essa ótica, autores[34] verificam

[32] Disponíveis em https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/defesa-comercial-e-interesse-publico/investigacoes/investigacoes-de-defesa-comercial. Acesso em 10.05.2021.

[33] Decreto 8.058/2013 e Decreto 9.107/2017.

[34] CRUZ, TATIANA LINS. **O uso de medidas antidumping como mecanismo de barreira à entrada no mercado brasileiro**. Dissertação de Mestrado, USP, 2014.

o *antidumping* como barreira à entrada de competidores estrangeiros com o intuito de favorecimento da indústria nacional, ainda que a competição diminua preços ao consumidor e resulte em inovação. Sobre esse ponto, não nos deteremos, tendo em vista que os efeitos do *antidumping* não são o objeto de análise deste artigo, mas sim os motivadores. Quanto à discussão sobre a análise concorrencial no mercado doméstico, será apresentada na seção adiante.

### 4.2. Dinâmica concorrencial no âmbito da investigação *antidumping*

Conforme descrito na seção anterior, a estrutura concorrencial do mercado é uma variável relevante que afeta a probabilidade de êxito das petições realizadas com o fim de obter proteção administrada, e que é reforçada tanto por dispositivos normativos quanto pela própria definição de *dumping per si*. Assim, com a constatação de que a imposição de medidas *antidumping* não pode se tornar um meio utilizado para a manutenção de monopólios ou oligopólios em certos setores, a análise concorrencial mostra-se importante quando da definição sobre a aplicação ou manutenção dos direitos. O objetivo dessa seção é apresentar como tal variável é analisada atualmente no âmbito das investigações *antidumping*.[35]

A análise da autoridade deve se ater a três fatores específicos, no âmbito de uma investigação *antidumping*: existência de *dumping* nas importações sob análise, dano ou risco de dano à indústria doméstica do país importador e nexo de causalidade entre esses dois elementos. Assim, não basta comprovar a existência de dano sofrido pela indústria doméstica

[35] É importante destacar aqui que, pelo extenso levantamento de casos realizados, a dinâmica concorrencial do mercado, usualmente, tende a ser levada em consideração não na investigação antidumping em si, mas no procedimento de Avaliação de Interesse Público. Destaca-se, neste contexto, que desde janeiro de 2020, com a publicação da Portaria SECEX 13, de 29 de janeiro de 2020, os procedimentos de avaliação de interesse público passaram a ter uma relação mais próxima com as medidas de defesa comercial, tendo em vista que, no caso de investigações originais antidumping ou de subsídios, o processo de avaliação de interesse público é conduzido de forma concomitante. Já no caso das revisões, é oportunizado às partes apresentarem elementos de interesse público em paralelo aos elementos analisados na revisão. Caso a autoridade conclua pela existência de elementos de interesse público, uma avaliação também é instaurada concomitante ao procedimento de revisão de uma medida de defesa comercial aplicada.

ou de importações realizadas a preço de *dumping*, é preciso que se comprove a relação entre os indicadores.[36]

No contexto da análise da existência de nexo de causalidade, há fatores que podem ser relevantes para se atribuir o dano ou risco de dano à indústria doméstica às importações sob investigação e que devem ser considerados como fatores de não atribuição, para deferimento do pleito. Conforme o Art. 32, § 4º do Decreto 8.058 de 2013, dentre tais fatores, podem ser considerados como relevantes para fins de análise: o volume e o preço de importações não objeto de *dumping*, o impacto de eventuais processos de liberalização das importações sobre os preços domésticos; a contração na demanda ou mudanças nos padrões de consumo; as práticas restritivas ao comércio de produtores domésticos e estrangeiros; o progresso tecnológico; o desempenho exportador; a produtividade da indústria doméstica; o consumo cativo; as importações ou a revenda do produto importado pela indústria doméstica e a concorrência entre produtores domésticos e estrangeiros.

Portanto, verifica-se que o regulamento brasileiro já inclui a análise concorrencial no âmbito do exame de não atribuição de dano. Tal análise é mais complexa em setores pulverizados, dada a dificuldade para avaliar se o dano é causado majoritariamente pela concorrência ou pelas importações realizadas a preço de *dumping*, o que também pode ser visto como um fator adicional de complexidade na participação de indústrias fragmentadas.

Como exemplo de análise concorrencial realizada com esse intuito pela autoridade investigadora, citamos o caso da revisão de final de período de porcelanato técnico. A Resolução GECEX 152, de 4 de fevereiro de 2021, prorrogou o direito AD definitivo aplicado às importações brasileiras. O caso mostra como a entrada de um novo *player* no mercado doméstico no período entre a investigação original e a revisão contribuiu para a redução nos preços, reconfigurando o mercado brasileiro. A alteração na dinâmica concorrencial foi um fator relevante para modular o *quantum* do direito *antidumping* originalmente aplicado, reduzindo-o.

[36] Investigações Antidumping: Principais conceitos e metodologias – aspectos formais e termos processuais, passo a passo das investigações. Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM), Brasília, outubro de 2019.

### 4.3. Outras variáveis microeconômicas setoriais

Como o enfoque deste artigo é a variável concentração, nesse item apresentaremos de maneira breve outras características microeconômicas setoriais que influenciam o aumento no número de pleitos AD e no êxito destes. De maneira não exaustiva, as principais características apresentadas pela literatura, além da estrutura concorrencial, são: conteúdo de fatores de produção (classes industriais mais intensivas em capital têm maior chance de investigar e aplicar) e exposição ao comércio internacional (setores de orientação exportadora e setores concorrentes das importações terão visões distintas sobre política comercial).[37] Sobre o *markup*, há estudos[38] que apontam o favorecimento de indústrias com menor margem de lucro, na tentativa de proteger ou elevar as margens, e outros que analisam que classes com maior margem de lucro são mais favorecidas, tendo em vista terem maior representatividade política e econômica.

Ademais, os produtos produzidos pelos setores mais propensos a solicitar medidas AD têm economias crescentes de escala na produção, são insumos industriais, homogêneos, intermediários e têm características de *commodities*, como é o caso dos produtos dos setores químico, siderúrgico e de plásticos e borrachas. Tais padrões se repetem na maior parte dos países.

Há também a argumentação de que a proteção à indústria pode ser essencial para o desenvolvimento de determinados setores. Nesse sentido, avaliam-se as falhas de mercado que podem comprometer a estratégia de desenvolvimento. Assim, em alguns setores, a falta de impulso governamental poderia reduzir o desempenho de atividades econômicas, tendo em vista fatores como a intensidade da escala de produção, os custos elevados de investimento, ou os riscos e incertezas da atividade empresarial.[39]

---

[37] KANNEBLEY JR, Sérgio. OLIVEIRA, Glauco. Antidumping e concorrência no Brasil. Revista Funcex.

[38] Vide, por exemplo: KANNEBLEY JR, Sérgio. OLIVEIRA, Glauco. Probabilidade de investigação e aplicação de medidas antidumping para a indústria brasileira: efeitos para a concorrência. **Documento de Trabalho CADE 002/2019**, Brasília, 2019; e PIANI, Guida. Medidas antidumping, anti-subsídios e de salvaguardas: experiência recente e perspectivas no Mercosul. Texto para discussão nº 541, **IPEA**, Rio de Janeiro, 1998.

[39] ADAMO, Gabriela. Defesa comercial: uma análise antitruste das medidas de proteção à indústria. In **Ideias em competição – 10 anos do Prêmio IBRAC-TIM**: 2015-2019, Singular, 2020.

## 5. Outros fatores econômicos setoriais

### 5.1. O lobby como variável descrita na economia política

Sob a ótica da economia política da proteção, agentes racionais buscam maximizar seu bem-estar e influenciar os governos.[40] Assim, os modelos econômicos nessa linha de estudo analisam a decisão da aplicação de medidas *antidumping* como função de um tipo de *lobby*, considerando não apenas questões econômicas, mas também aspectos políticos.

Os políticos, assim, estariam interessados não só nos resultados de bem-estar geral, mas também nas contribuições do setor privado às suas atividades, e a política de comércio a ser adotada seria função do grau de inclinação do governo em direção aos interesses dos setores *vis-a-vis* os interesses dos consumidores.[41]

Para esclarecer o debate, iniciamos essa seção diferenciando a visão mais tradicional do *lobby* realizado sobre as decisões legislativas em cima de agentes políticos, como pressão protecionista ao Congresso, do *lobby* que pode ser analisado também como fator para a organização e mobilização de determinados setores para apresentar pleitos *antidumping* ao Executivo.

Tal diferenciação se faz necessária tendo em vista que, no Brasil, no sistema de governança instituído, as decisões pela implementação de medidas de defesa comercial dependem majoritariamente de decisões no Executivo, envolvendo pouco diálogo no Legislativo ou com grupos de consumidores.[42]

Pinto e Carraro[43], por meio de uma modelagem econométrica, verificaram que, no caso brasileiro, não se confirma a hipótese de que as decisões do Governo estão, significativamente, correlacionadas aos cenários políticos, não refletindo os interesses da

[40] OLIVEIRA, Glauco Avelino. A economia política do antidumping no Brasil – proteção, concorrência e desempenho econômico. In **Ideias em competição – 10 anos do Prêmio IBRAC-TIM: 2015-2019**, Singular, 2020.

[41] KANNEBLEY JR, OLIVEIRA, Op. cit., p. 60.

[42] Os interesses dessa parte podem ser analisados na investigação de interesse público, também conduzida pelo Executivo.

[43] PINTO, G. P.; CARRARO, A. 2016. Fatores econômicos e políticos e a política antidumping no Brasil. **Economic Analysis of Law Review**, Vol. 7, nº 1, p. 184– 206

indústria nacional. Já nos Estados Unidos, Evans e Sherlund[44] evidenciam que as contribuições políticas afetam os resultados das implementações de medidas AD. Tais resultados parecem se coadunar com as diferenças nos sistemas de governança instituídos nesses países.

Portanto, sob essa diferenciação nas possíveis definições de *lobby*, no Brasil, parece fazer sentido a visão de que o *antidumping* seria uma válvula de escape que blindaria os burocratas em suas análises técnicas, evitando a politização do comércio com interferências derivadas de pressão política.[45]

Ao analisar o *lobby* como fator de organização e mobilização para a apresentação de um pleito para a proteção administrada ao Executivo, podemos também percebê-lo como uma função de características setoriais. Assim, setores que possuem maior capacidade de representatividade, com associações mais fortes e organizadas e consequente maior capacidade de pressão política, tendem a ser mais protegidos. Essa visão reforça ainda mais os fatores jurídicos apresentados na seção 2 deste artigo, com o Decreto 8.058/2013. Assim, gastos com *lobby* podem exercer papel importante que expliquem a variação na proteção entre os setores econômicos. Setores intensivos em trabalho, por exemplo, aparentam maior dificuldade de mobilização política. Nesse sentido, o *lobby* no AD reforça também, de forma indireta, a importância da variável concorrencial na concentração dos pleitos e da aplicação das medidas *antidumping* em determinados setores, tendo em vista que a existência de estruturas oligopolísticas pode, portanto, aumentar também a probabilidade de colusão e de *antidumping*.

[44] EVANS, C. L.; SHERLUND, S. M. 2011. Are antidumping duties for sale? Case-level evidence on the grossman-helpman protection for sale model. **Southern Economic Journal**, Vol. 78, nº 2, p. 330-357.

[45] Contudo, faz-se a ressalva de que, de acordo com o Inciso I do Artigo 2° do Decreto 8.0585, de 26 de julho de 2013, compete ao Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior - CAMEX, com base nas recomendações contidas em parecer da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público da Secretaria de Comércio Exterior do Ministério da Economia - SDCOM, a decisão de aplicar ou prorrogar direitos antidumping provisórios ou definitivos (BRASIL, 2013, p.1). Por mais que os pareceres sejam técnicos, a CAMEX pode sofrer interferências políticas. Na prática, percebe-se que os pareceres técnicos da SDCOM embasam de fato as decisões pelo AD, que costumeiramente não divergem muito do analisado pela Subsecretaria. Pode haver contraditório ao avaliado nas investigações de defesa comercial ou ao decidido pela CAMEX posteriormente pela análise de interesse público, também realizada pela SDCOM (agora concomitantemente às investigações de defesa comercial).

### 5.2. Fator aprendizagem e o impacto dos custos envolvidos em um procedimento *antidumping*

Além das variáveis que usualmente aparecem na literatura econômica como fatores determinantes para o crescente número de investigações iniciadas e aprovações de pedidos da indústria brasileira para imposição de medidas AD, há outras variáveis que afetam, de maneira indireta, a concentração setorial, como o fator aprendizado e o custo do processo.

No efeito aprendizado, avalia-se que o *know-how* necessário para apresentação de um pleito AD bem-sucedido é relacionado à divulgação das possibilidades do instrumento entre alguns setores, sua incorporação, por meio da contratação de consultorias especializadas e do treinamento dos funcionários das indústrias que participarão das investigações *antidumping*, e sua repetição.

Assim, o aumento do uso do instrumento AD pode ser explicado diante do maior conhecimento e aprendizado da indústria, por meio da contratação de consultorias e do treinamento dos funcionários encarregados das investigações, tendo em vista também que uma petição bem formulada tem maiores possibilidades de resultar na imposição de uma medida. Um fator que reforça essa hipótese é que, desde o início da incorporação da legislação AD no Brasil, as medidas abertas já eram concentradas nos mesmos setores que atualmente. De acordo com Piani[46], 28,4% do total das investigações iniciadas até o fim de 1996 concentravam-se na indústria química e conexas, o que permite depreender que não houve muita alteração na concentração setorial ao longo das últimas décadas e que os setores foram incorporando o conhecimento necessário para pleitear com mais eficiência, além das revisões de final de período solicitadas para as mesmas indústrias, que reforçam a repetição e experiência nos mesmos setores, a partir da segunda metade da década de 1990.

A complexidade dos procedimentos necessários para apresentar uma petição AD leva a custos que não são negligenciáveis, assim, o *antidumping* privilegia as empresas que arcam com eles e que têmmaior certeza no êxito. O mercado dispõe de profissionais especializados em assessorar e representar indústrias ou associações em todas as etapas de uma

[46] PIANI, Guida. Medidas antidumping, anti-subsídios e de salvaguardas: experiência recente e perspectivas no Mercosul. Texto para discussão nº 541, **IPEA**, Rio de Janeiro, 1998.

investigação AD.[47] As peticionárias ou contratam os consultores, o que é mais comum, ou contam exclusivamente com pessoal interno para apresentação do pleito. Além disso, pode haver suporte da Confederação, das associações e sindicatos. Mesmo que sejam utilizados consultores externos, a investigação exige que diversos profissionais internos ajam de maneira coordenada e dediquem tempo e esforço, tendo em vista que "a investigação deve ser tratada como um projeto cujas possibilidades de sucesso, como qualquer outro grande projeto empresarial, depende de boa gestão, planejamento e envolvimento operacional".[48]

Para aumentar as chances de sucesso, as empresas devem levar em conta a escolha da consultoria, com profissionais experientes; a interação entre a empresa, consultoria e a SDCOM no pré-pleito; e a organização interna da empresa. Tais elementos são ainda mais necessários, complexos e custosos nos casos que envolvam diversas empresas. Nesses casos, é necessário transformar dados individualizados em uma petição coesa e consistente, o que é outro fator que dificulta o pleito de setores fragmentados e favorece setores concentrados.

Mesmo apresentando petições bem formuladas, as diversas variáveis envolvidas numa investigação AD e na decisão de aplicação de direitos tornam impossível que se ofereça qualquer garantia de êxito. Portanto, não há garantias de que eles serão aplicados ao final de uma investigação.

### 5.3. O efeito cascata

Outro fator interessante que pode contribuir para a concentração das medidas *antidumping* em determinados setores é o chamado "efeito cadeia" ou "cascata", que ocorre quando "a proteção de uma indústria a montante eventualmente leva ao uso de esquemas de proteção contingente em uma relação vertical com a indústria a jusante".[49] Ou seja, uma medida *antidumping* aplicada em determinado elo da cadeia produtiva de um determinado setor, pode

[47] Cartilha Antipumping, Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, 2013.
[48] Idem.
[49] SLEUWAEGEN, Leo; BELDERBOS, René; e JIE-A-JOEN, Clive. Cascading contingent protection and vertical market structure. **International Journal of Industrial Organization**, 16(6):697–718. 1998. Pag. 698.

levar à aplicação de outras medidas *antidumping* em elos a jusante desta mesma cadeia produtiva, concentrando as medidas *antidumping* em um mesmo setor.[50]

A imposição de uma medida *antidumping* sobre as importações de determinado produto tem como efeito imediato o aumento dos preços para a importação desse bem, aumentando, consequentemente, os custos das firmas usuárias do produto objeto do *antidumping*. Além do aumento de preços, pesquisas empíricas conduzidas nos EUA demonstraram que a aplicação de medidas *antidumping* nos mercados a montante podem resultar em outros impactos negativos para os mercados a jusante, como redução de empregos, remuneração, vendas e investimentos.[51]

Nesse contexto, Hoekman e Leidyperceberam a existência de dois paradoxos. O primeiro deles era de que firmas a montante buscam proteção *antidumping* mesmo sabendo que esta proteção acaba por prejudicar seu próprio mercado, tendo em vista o aumento nos custos de firmas a jusante em decorrência de uma medida *antidumping*. Segundo os autores, esse movimento parecia irracional. O segundo paradoxo configura-se pelo fato de que firmas atuantes em elos a jusante da cadeia não se opõem, ou ao menos não registram sua oposição, à proteção garantida ao elo a montante, o que acaba por aumentar seus custos produtivos. Esse comportamento parecia aos autores ser contrário ao interesse das empresas.[52]

A lógica é que ao requerer e receber a proteção de uma medida *antidumping*, firmas a montante podem causar danos significativos às firmas a jusante, o que aumentaria a probabilidade de que firmas a jusante também requeiram e recebam a proteção de uma medida *antidumping*. Feinberg e Kaplan observaram esse fenômeno nas medidas aplicadas pelos EUA entre os anos 1980 e 1986, justamente nos setores químico e siderúrgico.[53]

Nesse contexto, é interessante mencionar que, apesar de haver critérios para a verificação de dano e ameaça de dano – elementos essenciais para a concessão da proteção

[50] KAO, Kuo-Feng; e MAI, Chao-Cheng. The Chain Effect of an Antidumping Policy. **Southern Economic Journal**, 2018. p. 2.

[51] BOWN, Chad; CONCONI, Paola, ERBAHAR, Aksel; e TRIMARCHI, Lorenzo. Trade Protection Along Supply Chains. 2021. **CEPR Discussion Papers 15648**p. 40.

[52] HOEKMAN, Bernard M.; e LEIDY, Michael P. Cascading contingent protection. **European Economic Review** 36:883–92, 1992. p. 884.

[53] FEINBERG, R. M.; e KAPLAN, S. Fishing downstream: The political economy of effective administered protection. **Canadian Journal of Economics**, 1993. pp. 150 a 158.

*antidumping* –, muitas vezes esses elementos podem ser mal interpretados e a proteção pode ser usada de forma indevida.[54]

Em 2015, Erbahar e Zi conduziram um estudo empírico mais completo, para verificar se a hipótese de que a concessão de proteção *antidumping* a firmas a montante, poderia gerar o chamado "efeito cascata" e levar à concessão de medidas *antidumping* em favor de firmas a jusante. A partir de modelos econométricos, os autores discorreram sobre o a dinâmica do efeito cascata, bem como sobre características presentes em alguns setores que contribuiriam para sua ocorrência.[55]

Alguns fatores incentivariam a ocorrência do efeito cascata. Por exemplo, a indústria a jusante só pleitearia a proteção *antidumping* "*se e apenas se*" os ganhos prováveis superassem os custos. Além disso, a própria existência do efeito cascata – e a consciência a respeito disso - na concessão de proteções já seria um incentivo para indústrias a jusante peticionarem pela aplicação do *antidumping*. Outro ponto interessante levantado pelos autores é que, do ponto de vista dos elos a montante, a proteção a jusante atuaria como uma transferência da demanda externa para a interna, fornecendo um incentivo adicional para que a indústria a montante pleiteie o *antidumping*.

O nível de penetração das importações foi apontado como um elemento que também contribuiria para a ocorrência do efeito cascata. Segundo Erbahar e Zi, se a penetração das importações no elo a montante é elevada ou se o produto objeto da proteção é altamente utilizado, a transmissão do dano ao longo da cadeia tende a ser mais intensa e as chances de ocorrência do efeito cascata são maiores.

Contudo, os autores destacam que a ausência de uma cláusula de interesse público na legislação norte-americana contribuiria para a ocorrência do efeito cascata.[56] No caso

[54] CORDOVIL, Leonor. **Interesse público e protecionismo no comércio internacional**. Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

[55] ERBAHAR, Aksel; e ZI, Yuan. Cascading Trade Protection: Theory and Evidence from the US. Working Paper Series from the Center for Trade and Economic Integration from the Graduate Institute of International and Development Studies. **Working Paper N IHEID CTEI** 2015-04. Suíça, 2015. Disponível em: http://repec.graduateinstitute.ch/pdfs/cteiwp/CTEI-2015-04.pdf. Acesso em 16/05/2021.

[56] Op. cit. ERBAHAR e ZI, p. 06.

brasileiro, há de se considerar que existe uma robusta legislação regulando um procedimento de avaliação de interesse público, que tramita paralelamente à investigação *antidumping*.

O interesse público não é novidade na defesa comercial brasileira. Contudo, a partir da Portaria SECEX 13, de 29 de janeiro de 2020, o procedimento se tornou ainda mais robusto e ganhou mais transparência a previsibilidade. Em casos de investigações originais, a avaliação de interesse público, atualmente, é obrigatória e, em casos de revisão, o procedimento é facultativo apenas quando a autoridade conclui pela existência de elementos mínimos para iniciar a avaliação. De toda forma, mesmo em procedimentos de revisão, é oportunizado às partes apresentarem elementos de interesse público.

No contexto de uma avaliação de interesse público, firmas a jusante, que podem ter seus interesses afetados por uma eventual medida *antidumping* aplicada a montante, podem participar ativamente e contribuir para a instrução do procedimento. Ainda, importante mencionar, que ao contrário da investigação *antidumping*, as regras para configurar como parte interessada de uma avaliação de interesse público são menos rígidas, o que abre espaço para que mais empresas possam participar. Sendo assim, é possível concluir que, no caso brasileiro, devido à existência do procedimento de Avaliação de Interesse Público, o efeito cascata pode ser mais atenuado, apesar de não ser nulo.

## 6. Conclusão

Conforme demonstram os dados mundiais de investigações *antidumping* iniciadas e medidas *antidumping* aplicadas, existe uma forte concentração em três setores específicos: siderúrgico, químico e plásticos e borrachas. Essa tendência mundial também se reflete na análise dos dados brasileiros. O presente artigo se propôs a analisar fatores que podem contribuir para tal concentração setorial nos pleitos de proteção administrada – e consequentemente, no êxito destes - dando enfoque à variável concorrencial, tanto sob o ponto de vista normativo, quanto do ponto de vista da literatura econômica.

No âmbito jurídico, demonstrou-se que o próprio conceito de indústria doméstica, segundo o Acordo *Antidumping* da OMC, refletido no Decreto 8.058/2013, favorece setores mais concentrados e organizados. Já no âmbito econômico, foram apresentados estudos e

hipóteses, do ponto de vista macro e microeconômico, que reforçam a tese de concentração setorial.

Com relação às variáveis macroeconômicas, as análises realizadas no presente artigo demonstram a influência destes elementos no número de aplicações de medidas *antidumping*. Neste contexto, elementos conjunturais, como sobrevalorização cambial e crises financeiras afetariam o desempenho setorial, elevando o número de pleitos *antidumping*. Essa reação incrementaria a pressão sobre o Governo para o deferimento da proteção *antidumping* à indústria doméstica.

Com relação às variáveis microeconômicas, a bibliografia analisada demonstrou que alguns elementos microeconômicos também podem interferir na concentração de medidas *antidumping* em alguns setores. Primeiramente, analisou-se os efeitos da concentração em si do setor e seus efeitos na concessão de proteções *antidumping*. Após, analisou-se como a dinâmica concorrencial é atualmente avaliada no âmbito das investigações *antidumping* realizadas pela autoridade de defesa comercial. Por fim, avaliou-se outras variáveis microeconômicas setoriais, como conteúdo de fatores de produção, exposição ao comércio internacional e *markup.*

Outros fatores também se mostraram relevantes para uma maior concentração de medidas *antidumping* em alguns setores. O primeiro deles foi justamente o *lobby* realizado por setores mais concentrados e organizados. O efeito aprendizado e os custos para realizar o pleito e dar continuidade aos processos também se mostraram fatores importantes. Ou seja, setores que adquirem maior experiência com pleitos *antidumping* acabam se tornando mais propícios a solicitar novas proteções. Por fim, analisou-se o chamado efeito cascata, segundo o qual proteções aplicadas a elos a montante na cadeia, tendem a culminar em pedidos de proteção *antidumping* nos elos a jusante.

Os fatores analisados demonstraram que, de fato, há elementos que podem contribuir para a concentração de medidas *antidumping* em setores específicos, e apontam para a necessidade de um olhar cuidadoso para a política de defesa comercial. Majoritariamente, tais elementos analisados estavam relacionados a questões concorrenciais, confirmando a hipótese de que esta é uma variável muito relevante, a ser considerada tanto intersetorialmente quanto nas análises realizadas pela autoridade de defesa comercial. Conclui-se, assim, que o nível de

concorrência setorial tanto pode favorecer o aumento de pleitos de proteção administrada quanto o êxito destes.

**Referências bibliográficas**

Acordo *Antidumping* da OMC. Disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/19-adp.pdf. Acesso em 23.06.2021.

Acordo de Salvaguardas da OMC. Disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/25-safeg_e.htm. Acesso em 23.06.2021.

Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias da OMC. Disponível em https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm.pdf.Acesso em 23.06.2021.

ADAMO, Gabriela. Defesa comercial: uma análise antitruste das medidas de proteção à indústria. *In* **Ideias em competição – 10 anos do Prêmio IBRAC-TIM: 2015-2019,** Singular, 2020.

ANDERSEN, Henrik. *Technology Promotion in WTO Law: The Discrepancy between Trade, IP Protection, and Competition Law? – The Case with EU's Antidumping Policies.* ***Copenhagen Business School Law Research Paper Series*** No. 20-04.

BOWN, Chad; CONCONI, Paola, ERBAHAR, Aksel; e TRIMARCHI, Lorenzo. *Trade Protection Along Supply Chains. 2021*. ***CEPR Discussion Papers*** 15648.

BRASIL. Decreto 8.058, de 26 de julho de 2013, publicado no Diário Oficial de 29.07.2013 e retificado em 30.12.2013.

Cartilha *Antidumping*, Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, 2013.

CORDOVIL, Leonor. **Interesse público e protecionismo no comércio internacional.** Revista dos Tribunais, 2011.

CRUZ, TATIANA LINS. **O uso de medidas *antidumping* como mecanismo de barreira à entrada no mercado brasileiro**. Dissertação de Mestrado, USP, 2014.

Decreto 93.941, de 16 de janeiro de 1987, publicado no DOU de 19.01.1987 e republicado no DOU de 02.02.1987.

ERBAHAR, Aksel; e ZI, Yuan. *Cascading Trade Protection: Theory and Evidence from the US. Working Paper Series from the Center for Trade and Economic Integration from The Graduate Institute of International and Development Studies.* ***Working Paper N IHEID CTEI*** 2015-04. Suíça, 2015. Disponível em: http://repec.graduateinstitute.ch/pdfs/cteiwp/CTEI-2015-04.pdf. Acesso em 16/05/2021.

EVANS, C. L.; SHERLUND, S. M. 2011. *Are antidumping duties for sale? Case-level evidence on the grossman-helpman protection for sale model.* ***Southern Economic Journal***, Vol. 78, nº 2, pp. 330-357.

FEINBERG, R. M.; e KAPLAN, S. *Fishing downstream: The political economy of effective administered protection.* ***Canadian Journal of Economic*****s**. pp. 150-158. 1993.

FIRME, Vinícius de Azevedo Couto Firme; VASCONCELOS, Cláudio R. F.; MATTOS, Rogério da Silva. **O Efeito de Variáveis Macroeconômicas sobre a Efetividade de Medidas *Antidumping*: Uma Análise Robusta para a economia Brasileira e Argentina**. UFJF: Programa de Pós-Graduação em Economia. 2014. (Texto de Discussão – 009).

FIRME, Vinícius de Azevedo Couto Firme; VASCONCELOS, Cláudio R. F.; MATTOS, Rogério da Silva. *The effect of macroeconomic variables on the opening of antidumping measures: A robust analysis for Brazilian and Argentine economy*. **Rev Dev Econ.** 2018; 22:434–457

GATT 1947. Disponível em < https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm#art6>. Acesso em 23.06.2021.

HOEKEMAN, Bernard; MARTIN, Will. *Reducing distortions in international commodity markets: an agenda for multilateral cooperation*. In: EVENETT, Simon J.; JENNY, Frederic (ed.). ***Trade, competition, and the pricing of commodities***.Centre for Economic Policy Research (CEPR), 2012.

HOEKMAN, Bernard M.; e LEIDY, Michael P. *Cascading contingent protection. **European Economic Review*** 36:883–92, 1992. Pag. 884.

Investigações *Antidumping*: Principais conceitos e metodologias – aspectos formais e termos processuais, passo a passo das investigações. Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM), Brasília, outubro de 2019.

JALLAB, Mustapha S.; SANDRETTO, René; GBAKOU, Monnet Benoit P. *Antidumping Procedures and Macroeconomic Factors: A Comparison between the United States and the European Union. **Global Economy Journal***, De Gruyter, v. 6, n. 3, 2005. 18 p.

KANNEBLEY JR, Sérgio. OLIVEIRA, Glauco. *Antidumping* e concorrência no Brasil. **Revista Funcex**, 2019.

KANNEBLEY JR, Sérgio. OLIVEIRA, Glauco. Probabilidade de investigação e aplicação de medidas *antidumping* para a indústria brasileira: efeitos para a concorrência. **Documento de Trabalho CADE 002/2019**, Brasília, 2019.

KANNEBLEY JUNIOR, Sérgio; REMÉDIO, Rodrigo Ribeiro; e OLIVEIRA, Glauco Avelino Sampaio Oliveira. *Antidumping* e Concorrência no Brasil: uma análise empírica. Avaliação de Políticas Públicas no Brasil: uma análise das políticas de defesa da concorrência. **IPEA**, 2020, V. 5. p. 211.

KAO, Kuo-Feng; e MAI, Chao-Cheng. *The Chain Effect of an Antidumping Policy. **Southern Economic Journal***, 2018. p. 2.

NEUFELD, Inge Nora. *Anti-dumping and Countervailing procedures – use or abuse? Implications for Developing Countries. Policy Issues In **International Trade and Commodities Study** Series nº* 9. UNCTAD, 2001. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/itcdtab10_en.pdf acesso em 23.06.2021.

OLIVEIRA, Glauco Avelino. A economia política do *antidumping* no Brasil – proteção, concorrência e desempenho econômico. In **Ideias em competição – 10 anos do Prêmio IBRAC-TIM: 2015-2019**, Singular, 2020.

PIANI, Guida. Medidas *antidumping*, anti-subsídios e de salvaguardas: experiência recente e perspectivas no Mercosul. Texto para discussão nº 541, **IPEA**, Rio de Janeiro, 1998.

PINTO, G. P.; CARRARO, A. 2016. Fatores econômicos e políticos e a política *antidumping* no Brasil. ***Economic Analysis of Law Review***, Vol. 7, nº 1, p. 184– 206.

POERSCHKE, Rafael Pentiado**. A Aplicação de Direitos *Antidumping* no Brasil: o caso dos calçados importados da China.** Tese (Doutorado), Faculdade de Ciências Econômicas, Programa de Pós-Graduação em Estudos Estratégicos Internacionais, Porto Alegre, 2018.

SAMPAIO OLIVEIRA, Glauco Avelino. A economia política do *antidumping* no Brasil – proteção, concorrência e desempenho econômico. In **Ideias em competição – 10 anos do Prêmio IBRAC-TIM:** 2015-2019, Singular, 2020.

SLEUWAEGEN, L.eo; BELDERBOS, René; e JIE-A-JOEN, Clive. *Cascading contingent protection and vertical market structure***. *International Journal of Industrial Organization***, 16(6):697–718. 1998.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. ***Law and Policy of WTO***. Cambridge, 2005.

VARIAN, Hal R., **Microeconomia**, Princípios Básicos. Ed. Campus, 7ª ed., 2003.

WTO Gateway, disponível em https://www.wto.org/english/tratop_e/adp_e/adp_e.htm, https://www.wto.org/english/tratop_e/safeg_e/safeg_e.htm e https://www.wto.org/english/tratop_e/scm_e/scm_e.htm. Acesso em 15.05.2021.

# 21. CARTEIS INTERNACIONAIS COM EFEITOS INDIRETOS NO BRASIL: ANÁLISE SOBRE A POTENCIAL PERMISSIVIDADE DA POLÍTICA ANTITRUSTE VIGENTE E MECANISMOS ADICIONAIS DE REPRESSÃO

## *21. INTERNATIONAL CARTELS WITH INDIRECT EFFECTS IN BRAZIL: ANALYSIS ON THE POTENTIAL PERMISSIVITY OF THE CURRENT ANTITRUST POLICY AND ADDITIONAL REPRESSION MECHANISMS*

Ciro Martins Alvarenga

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. PESQUISA EMPÍRICA: PARÂMETROS ADOTADOS PELO CADE NA PERSECUÇÃO DE CARTEIS INTERNACIONAIS COM EFEITOS INDIRETOS. 2.1. Metodologia. 2.2. Parâmetros para persecução. 2.1.1. Análise empírica. 2.2.2. Parâmetros persecutórios. 2.2.3. O Brasil de fato é um destino relevante do produto final afetado pelo cartel. 2.2.4. As empresas do cartel são origens relevantes da demanda brasileira. 2.2.5. As empresas do cartel têm atuação e presença no Brasil de forma substancial, por meio de outros mercados. 2.2.6. Inexistência de investigações e/ou condenações relevantes do cartel nas autoridades direta e primordialmente afetadas, entre outros cuja aferição seja possível de maneira objetiva. 3. PANORAMA GERAL SOBRE A ANÁLISE DE CARTEIS INTERNACIONAIS COM EFEITOS INDIRETOS NO BRASIL: IMPOSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA POSTURA DA AUTORIDADE COMO PERMISSIVA. 4. CONCLUSÃO

**RESUMO**: O presente artigo propõe avaliar os atuais parâmetros adotados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para a persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos no Brasil, a fim de verificar se a autarquia apresenta atualmente uma postura permissiva a tal prática. Após conclusão de pesquisa empírica, o autor identificou cinco parâmetros orientativos estabelecidos pela Superintendência-Geral. Verificou-se, no entanto, que não há processos administrativos instaurados pela autoridade concorrencial brasileira na qual um cartel internacional apenas com efeitos indiretos tenha sido analisado. Tal constatação parece estar primordialmente relacionada à dificuldade de reconstituição do nexo causal entre o suposto cartel e seu potencial impacto indireto no território nacional, dada a insuficiência de dados disponibilizados à autoridade antitruste. A discussão envolve, no entanto, outros fatores relevantes, a exemplo mas sem limitação à possibilidade de que uma dupla condenação possa gerar efeitos negativos decorrentes de eventual sobrepunição, assim como a discricionariedade da autoridade antitruste em priorizar a análise de condutas com efeitos diretos no território brasileiro, a luz do princípio da eficiência administrativa.

**ABSTRACT***: This article aims at evaluating the current parameters adopted by the Administrative Council for Economic Defense (CADE) for the prosecution of international cartels with indirect effects in the Brazil territory, to verify whether the Brazilian Antitrust Authority might be permissive to the performance of such wrongdoings. Based an empirical research, it is identified five guiding parameters established by the General Superintendence. It has also been noted that there is no administrative proceeding brought by the Brazilian competition authority in which only an international cartel with indirect effects has been assessed. The lack of such cases* seems to be primarily related to the difficulty of demonstrating the causal link between the alleged cartel and its potential indirect impact on the national territory, given the insufficiency of data made available to the antitrust authority. The discussion involves, however, other relevant factors, such as but not limited to the possibility that a double conviction may result in negative effects arising from a potential over-punishment, as well as the discretionary decision made by the antitrust authority to prioritize – in light of the principle of administrative efficiency – the assessment of conducts resulting direct effects on the Brazilian territory.

## 1. Introdução

Conforme positivado no art. 2º da Lei 12.599/2011, "aplica-se esta (...), sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos". Evidencia-se que a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) está consubstanciada na teoria dos efeitos, para a qual interessa o local da produção efetiva ou potencial de efeitos anticompetitivos e não necessariamente o local da realização dos atos ou domicílio dos possíveis infratores[1].

A mera possibilidade de ocorrência dos efeitos no mercado brasileiro é suficiente para ensejar o exercício da jurisdição pátria[2], conforme apontado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a territorialidade dos efeitos na seara antitruste[3]:

---

[1] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.001183/2009-08. Nota técnica 76/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

[2] LUVIZOTTO, Barbara. **A aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração: análise à luz da lei antitruste brasileira e da experiência internacional**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade de São Paulo. p. 102. 2014.

[3] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.011980/2008-12. Voto do Conselheiro-Relator Maurício Oscar Bandeira Maia.

> "Causa-me certa perplexidade que a instância ordinária afaste considerações de ordem eminente e altamente técnicas pura e simplesmente com o argumento de que 'pelo tipo de produto objeto da compra e venda não ter mercado de forma contínua, só funcionando através de encomendas esporádicas' estariam descaracterizados os efeitos no território nacional.
>
> Observo que não se trata, no ponto, de controle de legalidade da decisão do Cade, mas de verdadeira digressão sobre aspectos de mercado, sobre os quais, salvo melhor juízo, os Conselheiro do Cade estão em posição privilegiada de análise e interpretação em relação aos membros do Poder Judiciário (e, aqui, estou fazendo questão de me incluir).
>
> Ressalto que, como fiz antes, é amplamente possível ao Poder Judiciário falar sobre controvérsias legais da decisão do Cade – como, *e.g.*, estamos fazendo agora ao discutir a validade da compreensão segundo a qual o pré-contrato vincula as partes pactuantes.
>
> No entanto, soa no mínimo temeroso (para dizer o menos) que, ante o posicionamento de uma autarquia especializada em análise de dominação de mercado – como é o Cade, o qual dispõe, inclusive, de órgão colegiado judicante –, venha o Judiciário asseverar, de forma até um pouco simplória e simplesmente desconsiderando todas as informações técnicas constantes dos presentes autos, que não existe nenhum risco ao mercado brasileiro, sem tecer maiores considerações sobre a controvérsia.
>
> (...) O mercado relevante geográfico na hipótese é, pois, mundial, sendo incabível falar, de tabela, em inexistência de riscos para o mercado brasileiro – que, por óbvio, está contido no mercado relevante.
>
> Plenamente aplicável, assim, o art. 2º da Lei n. 8.884/94, em razão da previsão da sua parte final" (excerto de voto do Ministro Mauro Campbell Marques no Recurso Especial 615.628/DF, julgado em 08/06/2010, com destaques no original)."

No que se refere especificamente a carteis internacionais com efeitos indiretos, a discussão central envolve a identificação de quais tipos são aptos a legitimar

a aplicação extraterritorial da lei concorrencial. Nesse sentido, a Superintendência-Geral do CADE destaca os seguintes[4]:

(i) Cartéis internacionais, de âmbito global ou envolvendo regiões/países específicos, nos quais há provas de inclusão do Brasil no objeto do acordo: são passíveis de persecução e punição pela jurisdição brasileira[5];

(ii) Cartéis internacionais, de âmbito global ou envolvendo regiões/países específicos, nos quais há provas de que todas ou algumas das empresas participantes do conluio exportaram o produto cartelizado diretamente para o Brasil: são passíveis de persecução e punição pela jurisdição brasileira, sendo que, mesmo as empresas que não exportaram seus produtos diretamente para o Brasil podem ser passíveis de responsabilização, seja porque, tais empresas (a) em casos de divisão geográfica de mercados, assim agiram em decorrência de ajustes do próprio cartel; seja porque (b) em casos de fixação de preços, entre outros, contribuíram para a construção e o sucesso da prática; ou, ainda, porque (c) em qualquer caso, contribuíram para a construção e o sucesso do cartel, bem como para elevação de preços, redução de oferta e qualidade dos produtos a nível global, entre outros[6];

---

[4] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.001183/2009-08. Nota técnica 76/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.003970/2010-10. Nota técnica 22/2019/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08700.000949/2015-19. Nota Técnica Confidencial 51/2019/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.011980/2008-12. Nota Técnica 59/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.001395/2011-00. Nota Técnica 108/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.002414/2009-92. Nota Técnica 23/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.005255/2010-11. Nota Técnica 35/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.005930/2009-79. Nota Técnica 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.000774/2011-74. Nota Técnica 17/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE e outros.

[5] Vide PA 08012.010932/2007-18 – "Cartel de Mangueiras" – e PA 08012.001029/2007-66 – "Cartel de Perboratos").

[6] Vide PA 08012.004599/1999-18 – "Cartel das Vitaminas" – e PA 08012.000820/2009-11 – "Cartel de Compressores".

(iii) Cartéis envolvendo regiões do globo ou países específicos, nos quais não há provas de que as empresas participantes do conluio exportaram o produto cartelizado diretamente para o Brasil, mas apenas de que tal produto foi utilizado como insumo para fabricação de subprodutos finalizados ou semifinalizados importados pelo país: podem ou não ser passíveis de persecução e punição pela jurisdição brasileira, a depender da materialidade e substancialidade dos efeitos potenciais da conduta no Brasil.

O presente artigo busca analisar especificamente os parâmetros adotados pela autoridade na persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos, conforme situação descrita no item (iii) acima. A partir dos elementos analisados, busca-se auferir se o CADE possui uma postura permissiva ao empenho ou à continuidade de tais práticas por empresas estrangeiras.

A fim de cumprir com os objetivos apresentados acima, o presente trabalho será dividido em três partes. No Capítulo 2, apresentar-se-á pesquisa empírica sobre parâmetros adotados pelo CADE para a persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos, no qual se pretende indicar parâmetros adotados em cada caso analisado pela autoridade, de forma separada e agregada. No Capítulo 3, será apresentado um panorama geral sobre a análise de carteis internacionais com efeitos indiretos no brasil e a potencial postura permissiva da autoridade ao empenho de carteis internacionais com efeitos indiretos, no qual se pretende analisar se os critérios adotados pelo CADE e encontrados na pesquisa empírica podem ser permissivos a efeitos lesivos ao mercado brasileiro, ainda que de forma indireta.

## 2. Pesquisa empírica: Parâmetros adotados pelo CADE na persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos

Esta seção tem como intuito verificar quais são os parâmetros adotados pelo CADE no que se refere à persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos, a fim de verificar – em um primeiro momento – se a análise possui caráter objetivo e

previsibilidade. Para tanto, segmenta-se a nos itens seguintes: (2.1) metodologia; e (2.2) Parâmetros de Persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos, conforme identificados na pesquisa empírica. Este item é, por sua vez, subsegmentado em dois itens, para fins de melhor visualização e compreensão, conforme detalhado posteriormente.

## 2.1. Metodologia

Inicialmente, o autor conduziu uma pesquisa por palavra-chave a fim de identificar todos os processos recentes analisados pelo tribunal do CADE, que indiquem parâmetros de materialidade e substancialidade, adotados pela autarquia no que se refere à persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos. A pesquisa foi realizada por meio da ferramenta de pesquisa processual pública do Sistema Eletrônico de Informações SEI da autarquia[7] (SEI-CADE), utilizando-se das palavras-chave: "efeitos indiretos" e "efeito indireto". Note-se que a busca foi feita apenas pelos documentos gerados[8], que representam a totalidade de documentos elaborados pela autarquia a partir de janeiro de 2015, ocasião na qual foi implementado o SEI-CADE. (Pesquisa por Palavra-chave).

O autor entende que a limitação de caráter temporal da Pesquisa por Palavra-chave não deve alterar as conclusões endereçadas no presente trabalho: eventuais considerações relevantes que tenham sido realizadas pela autoridade em casos julgados anteriormente a janeiro de 2015 (Data de Corte) não deveriam ser consideradas como orientativos da atual política antitruste voltada à persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos. Tais casos se encontram detalhados no Anexo I ao presente artigo (Tabela de casos reportando discussões relevantes com relação a análise de carteis internacionais com efeitos indiretos no Brasil).

[7] https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Último acesso em: 15/05/2021.

[8] "Documentos gerados" incluem todas as manifestações do CADE incluídas em processos administrativos a partir de janeiro de 2015. Manifestações anteriores encontram-se na categoria "documentos externos", os quais se encontram nos volumes de processos juntados, todos julgados anteriormente à Data de Corte.

Da amostra coletada na Pesquisa por Palavra-chave, foram separados 10 (dez) casos com discussões relevantes, todos já julgados pelo Tribunal Administrativo do CADE. Com base na análise dos casos, o autor identificou determinados parâmetros-base utilizados para a persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos (Parâmetros para Persecução), os quais se encontram detalhados no item 2.2 abaixo. Nesse item, para melhor visualização, apresentam-se as considerações dos efeitos indiretos pelo CADE de duas formas: o sub-item 2.2.1 apresenta as considerações separadas por cada caso, enquanto o sub-item 2.2.2 dispõe de forma agregada os cinco parâmetros gerais indicados pelo CADE para a persecução de condutas desta natureza (detalhados mais adiante).

## 2.2. Parâmetros para Persecução

Este item dispõe inicialmente – em seu sub-item 2.2.1 – uma breve análise dos casos identificados no Anexo I (Análise Jurisprudencial), que se referem a carteis internacionais com efeitos indiretos. Entre os casos analisados na Pesquisa por Palavra-chave, foram identificados 10 (dez) casos, nos quais se analisam efeitos indiretos em carteis internacionais. Destaca-se que em 8 (oito) dos 10 (dez) casos identificados, imputou-se de forma concomitante a participação dos Representados em condutas com efeitos diretos no mercado brasileiro. Isto em razão da existência de exportações diretas ao território brasileiro, levadas a cabo por algumas representadas (Vide sub-itens 2.2.2 ao 2.2.8).

Com relação aos outros 2 (dois) casos identificados (*vide* sub-item 2.2.1), ainda que a Superintendência-Geral do CADE tenha aventado a possibilidade de que efeitos indiretos tivessem ocorrido como hipótese fática isolada, tal só ocorreu após analisada e afastada a possibilidade de geração de efeitos diretos. Note-se que em tais casos, o objeto da conduta permitia a análise de efeitos diretos já que uma ou mais Representadas exportavam ao Brasil o produto cartelizado objeto da conduta. No entanto – conforme detalhado no subitem 2.2.8. –, ambos restaram arquivados, após constatado que não havia elementos que comprovassem que o suposto acordo tivesse extrapolado os limites geográficos previamente definidos (reportados nas evidências) e abrangido o Brasil.

Com base na análise dos casos, o autor identificou determinados parâmetros orientativos para a persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos (Parâmetros para Persecução). Apresentados os principais elementos para cada caso considerados pelo Autor no item 2.2.1, passa-se a identificação no item 2.2.2 dos 5 (cinco) parâmetros considerados pela SG – nos casos concretos – como ponto de partida para a instrução de carteis internacionais com efeitos indiretos.

O item 2.2.2 encontra-se subdividido em 5 sub-itens, os quais apresentam de forma agregada as considerações relevantes feitas pelo CADE para cada parâmetro específico. Conforme constatado pela SG em inúmeras ocasiões, cartéis internacionais com efeitos indiretos no Brasil podem vir a ser investigados e punidos quando verificáveis, além de outros, um ou mais dos seguintes parâmetros, ponderáveis conforme especificidades do caso concreto e o grau indiciário e probatório disponível ou apurável[9], sem prejuízo de outros, tratados de forma mais detalhada nos subitens seguintes: (2.2.1) os efeitos indiretos no Brasil devem ser suficientemente materiais, contabilizáveis e relevantes; (2.2.2) o Brasil de fato é um destino relevante do produto final afetado pelo cartel; (2.2.3) as empresas do cartel são origens relevantes da demanda brasileira; (2.2.4) as empresas do cartel tem atuação e presença no Brasil de forma substancial, por meio de outros mercados; ou (2.2.5) inexistência de investigações e/ou condenações relevantes do cartel nas autoridades direta e primordialmente afetadas, entre outros cuja aferição seja possível de maneira objetiva.

### 2.1.1. Análise empírica

[9] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.001183/2009-08. Nota técnica 76/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.003970/2010-10. Nota técnica 22/2019/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08700.000949/2015-19. Nota Técnica Confidencial 51/2019/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.011980/2008-12. Nota Técnica 59/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.001395/2011-00. Nota Técnica 108/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.002414/2009-92. Nota Técnica 23/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.005255/2010-11. Nota Técnica 35/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.005930/2009-79. Nota Técnica 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.000774/2011-74. Nota Técnica 17/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

#### 2.1.1.1. ABS/ TPEs (Efeitos diretos e indiretos)

Conforme apontado no item 2.1. acima, em apenas 2 (dois) casos a Superintendência-Geral do CADE aventou a possibilidade de que efeitos indiretos do suposto cartel ocorressem como hipótese fática isolada. Note-se, no entanto, que o objeto dos processos permitia a análise de efeitos diretos já que uma ou mais Representadas exportavam ao Brasil o produto cartelizado objeto da conduta. Em tais casos, averiguou-se inclusive a possibilidade de que o suposto cartel tivesse gerado efeitos diretos ao mercado brasileiro. Destaca-se, no entanto, que ambos restaram arquivados, após constatado que não havia elementos que comprovassem que o suposto acordo tivesse extrapolado os limites geográficos previamente definidos e abrangido o Brasil, conforme detalhado abaixo.

Um dos casos se refere ao Processo Administrativo 08012.000774/2011-74, instaurado em 26 de agosto de 2011 para apurar suposto cartel no mercado de Plástico ABS com efeitos no território brasileiro, após terem sido constatados fortes indícios de que as empresas representadas, responsáveis por parcela substancial da produção mundial de plásticos, especialmente ABS (cerca de 69%), mantiveram contatos constantes com o objetivo de discutir e fixar preços para os produtos AS, PS, PMMA e ABS, nos mercados de Hong Kong e China. Desta forma, a apuração do processo administrativo buscou coletar indícios (os quais restaram insuficientes) de que a suposta conduta investigada tenha causado efeitos no Brasil, mesmo que potencialmente[10]. Nesse sentido, destacou-se que não havia elementos nos autos que comprovavam que o suposto acordo tivesse extrapolado os limites geográficos de Hong Kong/ China, ao qual o suposto cartel se restringia.

Por sua vez, o Processo Administrativo 08012.000773/2011-20 foi instaurado em 01 de novembro de 2011 para apurar suposto cartel no mercado de Elastômeros Termoplásticos (TPE), especialmente o Estireno de Butadieno Estirênico (SBS), após constatados fortes indícios de que as empresas representadas mantiveram contatos constantes com o objetivo de trocar informações sensíveis relativas a preços e outros

[10] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.000774/2011-74. Nota Técnica 17/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

dados de mercado[11], assim como para alcançar acordos referentes ao preço do TPE, nos mercados de Hong Kong e China. Entre os motivos que justificavam a instauração do processo administrativo, possível verificar que um fator desencadeador foi a elevada participação de mercado das empresas taiwanesas e coreanas no Brasil, respondendo por mais de 60% das vendas de TPE no país (Brasil é um país altamente dependente das importações). Não obstante, também se destacou que não havia elementos nos autos que comprovavam que o suposto acordo tivesse extrapolado os limites geográficos de Hong Kong/ China, ao qual o suposto cartel se restringia.

Para o caso específico mencionado acima, é possível verificar que a SG enviou Ofício à empresa Signatária, solicitando as seguintes informações, que poderiam indicar efeitos indiretos no Brasil:

> "(i) estimativa de quantidade e valores de plásticos (TPE) afetados pelo suposto cartel em Hong Kong e China (avaliar se havia outras empresas concorrentes que não participaram do suposto cartel); (ii) estimativa de quantidade e valores de subprodutos exportados para o Brasil fabricados a partir desses plásticos (TPE) afetados pelo suposto cartel em Hong Kong e China; (iii) estimativa de quantidade e valores de subprodutos comercializados no Brasil fabricados a partir de plásticos (TPE) não produzidos pelos membros do suposto cartel; e (iv) estimativa de valor do plástico (TPE) no custo total desses subprodutos comercializados no Brasil." No entanto, a Signatária do Acordo de Leniência informou que, apesar dos grandes esforços empreendidos para a coleta das informações, não foi possível obter os dados requeridos".

Os Processos 08012.000774/2011-74 e 08012.000773/2011-20 foram arquivados respectivamente em 14/09/2016 e 31/08/2016, em razão da insuficiência das provas apresentadas. Note-se que o Tribunal em ambas as ocasiões destacou que (i) a

[11] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.000773/2011-20. Nota Técnica 28/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

constatação de efeitos indiretos de um cartel demanda informações acerca da dimensão de seus efeitos diretos sobre a vendas do produto afetado nos locais em que a conduta ocorreu, bem como acerca da extensão de seus reflexos nas vendas dos subprodutos exportados ao Brasil; e que (ii) as informações, muitas vezes, não estão disponíveis à autoridade concorrencial brasileira, especialmente se o cartel não foi investigado pelas autoridades locais.

#### 2.1.1.2. DRAMs (Efeitos diretos e indiretos)

No Processo Administrativo 08012.005255/2010-11, instaurado em 21/06/2010, pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), com o objetivo de apurar suposto cartel internacional com efeitos no Brasil no mercado de Memória Dinâmica de Acesso Aleatório (Dynamic Random Access Memory – DRAM), no período de julho de 1998 a junho de 2002, os efeitos indiretos teriam resultado das vendas de memória DRAM a OEMs localizadas fora do Brasil, mas que exportaram seus produtos finais (computadores pessoais, servidores, estações de trabalho, impressoras, drives de disco rígido, assistentes pessoais digitais, modems, telefones celulares, roteadores, switches e hubs para telecomunicação, câmeras digitais, câmeras filmadoras e TVs, decodificadores digitais, consoles de videogames, reprodutores de música digitais, entre outros. Computadores pessoais e servidores seriam os principais) ao território brasileiro.

A fim de verificar a possibilidade de efeitos lesivos ao mercado brasileiro[12], a Superintendência-Geral se utilizou como proxy dos dados de importação de determinados produtos (*e.g.* computadores, discos rígidos, scanners – NCM 84.71) que possuem a memória DRAM em sua composição – dados subestimados uma vez que não foi possível levantar dados referentes a todos os produtos. Conforme informado pela SG, o Brasil gastou, no total, US$ 4.483.609.073,00 (o que correspondeu a 67.104.473 unidades de tais produtos) no período analisado. Além disso, identificou que para um

[12] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.002414/2009-92. Nota Técnica 23/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

laptop comum, os custos do DRAM representariam cerca de 6% dos custos totais do produto final, o que variou conforme o tempo (devidamente demonstrado no documento).

Em 23/11/2016, ocorreu o julgamento do caso pelo Tribunal do CADE. O voto do Conselheiro-Relator traz algumas considerações relevantes acerca dos efeitos indiretos, entre as quais, destacou-se o fato de o objeto do cartel envolver um bem essencial:

> "No caso concreto, foi sobejamente demonstrado que a prática coordenada no mercado de DRAM alcançou territorialmente o Brasil, pelo menos, de duas formas: (i) pela importação direta de DRAM cartelizado e (ii) pela importação de produtos cuja composição dependia do DRAM. Houve a venda de um insumo a um produtor do bem final, que o vendeu no mercado brasileiro**. Esse insumo representava relevante parcela do produto final, que não teria utilidade sem o insumo. Além disso, é importante apontar que a memória DRAM é a essência dos produtos que integra, ou seja, tais produtos perderiam praticamente toda a sua funcionalidade sem a memória DRAM**. É a memória DRAM que confere a capacidade de processamento de celulares, computadores e televisores e, inclusive, é o que agrega tecnologia a esses produtos e o que permite que montadoras e OEMs cobrem preços maiores ou menores a partir da facilidade promovida pela memória DRAM. Em casos como esse, tenho total conforto de entender que o cartel afetou sim o Brasil e, portanto, está sujeito às penalidades da Lei 12.529/11.
>
> Entendo que a memória DRAM é *essential facility* para computadores, televisores, laptops e quaisquer outros produtos acabados que dependam de processamento de dados.
>
> (...)
>
> Quando se trata de um bem essencial, qualquer que seja o percentual representativo do valor do final do produto não é apropriado para mensurar os efeitos da conduta, já que a própria indisponibilidade integral do produto final – e de suas funcionalidades – é suficiente para que eu firme minha convicção pela potencialidade negativa do cartel

> internacional de DRAM. Por isso, no presente caso, os efeitos indiretos são também qualitativos e abarcam todos os produtos que dependem de DRAM para desempenhar suas funções". (grifei)

Outro ponto relevante que se trouxe se refere ao fato que – não obstante a possibilidade de punição de cartéis por mera potencialidade de efeitos no mercado relevante –, os autos teriam trazido provas de que o cartel internacional de DRAM produziu, de fato, efeitos no Brasil, a exemplo de que os clientes mencionados pelos Representados nos históricos de conduta teriam tido suas respectivas participações no cartel afetadas.

#### 2.1.1.3. CPTs (Efeitos diretos e indiretos)

No Processo Administrativo 08012.002414/2009-92, instaurado pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) em 22/03/2010, com o objetivo de apurar indícios de formação de cartel no mercado internacional de fabricação e venda de tubos para imagem colorida (CPTs), no período de 1995 a 2007, os efeitos indiretos teriam sido produzidos no Brasil a partir da importação de aparelhos televisores fabricados no exterior por empresas que adquiriram os componentes de Tubo para Imagem Colorida (CPT) dos membros do cartel[13].

A fim de comprovar os efeitos lesivos ao mercado brasileiro[14], a Superintendência-Geral se utilizou como proxy os dados de importação de televisores (receptores de televisão) em cores podem ser identificados pelo NCM 528.12.90, considerando que os tubos para imagem colorida (CPT) representariam ao menos 50% do valor total do produto. A SG destacou que o Brasil importou 923.689 (novecentos e vinte e três mil e seiscentos e oitenta e nove) unidades de televisores totalizando o custo de US$ (FOB) 132.307.254 (cento e trinta e dois milhões e trezentos e sete mil e duzentos

[13] Brasil, CADE. Processo Administrativo nº 08012.002414/2009-92. Nota Técnica nº 23/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE.
[14] Idem.

e cinquenta e quatro dólares americanos), livre de frete e outros encargos no período analisado.

Em 22/08/2018 houve julgamento do caso pelo Tribunal Administrativo do CADE. Além das considerações realizadas pela Superintendência-Geral – destacadas no Voto do Conselheiro-Relator, destacou-se que restou comprovado que o cartel incluiu expressamente o Brasil em seu objeto e produziu efeitos diretos no mercado brasileiro, de modo que a punição pelo CADE já estaria estabelecida.

#### 2.1.1.4. ODDs (Efeitos diretos e indiretos)

No Processo Administrativo 08012.001395/2011-00, instaurado em 03/10/2011 pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE), com o objetivo de apurar suposto cartel internacional com efeitos no Brasil no mercado de unidades de discos ópticos (Optical Disk Drives – ODDs)), no período de 2003 a 2009, os efeitos indiretos teriam resultado das vendas de ODDs a OEMs localizadas fora do Brasil, mas que exportaram seus produtos finais (como *laptops* e *desktops*) ao território brasileiro[15].

A fim de comprovar a possibilidade de efeitos lesivos ao mercado brasileiro[16], a Superintendência-Geral[17] se utilizou de dados de importação referentes a laptops e desktops para demonstrar que o Brasil importou significativo valor de bens que potencialmente possuem ODD em sua composição. Destacou que tal conclusão seria agravada se considerado que os dados apresentados neste tópico, acerca da importação de produtos que utilizam ODD, referem-se apenas a determinados produtos finalizados, resultando, portanto, numa estimativa de dano ainda subestimada. Outro fator que corroborou foi que as participações de mercado das empresas Representadas somavam cerca de 90% do mercado mundial de ODD. O julgamento dos casos pelo Tribunal do CADE ocorreu em 30/01/2019. Os votos não trazem elementos adicionais para a consideração de efeitos indiretos.

---

[15] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.001395/2011-00. Nota Técnica 108/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE.
[16] Idem.
[17] Idem.

### 2.1.1.5. TFT-LCD (Efeitos diretos e indiretos)

No Processo Administrativo 08012.011980/2008-12, instaurado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) em 08/12/2009, com o objetivo de apurar suposto cartel internacional com efeitos no Brasil no mercado de Painéis de Cristal Líquido com Transistores de Película Fina (doravante TFT-LCD), no período de 2001 a 2006, os efeitos indiretos decorreriam das vendas de painéis de TFT-LCD a produtores de aparelhos que se utilizavam dos painéis de TFT-LCD como insumo (computadores completos, monitores, notebooks, televisores, entre outros) localizadas fora do Brasil, mas que exportaram seus produtos finais ao território brasileiro. A fim de verificar a possibilidade e contabilizar eventuais efeitos lesivos ao mercado brasileiro[18], a Superintendência-Geral se utilizou de dados de importação referentes a notebooks, computadores de mesa e monitores para demonstrar que o Brasil importou valor significativo de bens que potencialmente possuem painéis de TFT-LCD em sua composição. Para fins de cálculo do valor importado de TFT-LCD, a Superintendência-Geral se adotou de uma proxy de 10%, como estimativa do custo deste componente com relação ao valor total de computadores pessoais. Conforme cálculos realizados pela Superintendência-Geral, o valor correspondente ao produto ficaria em torno de USD 40 milhões (10% de USD 391.349.034)[19].

O julgamento do caso pelo Tribunal do CADE ocorreu em 27/02/2019. Além dos elementos trazidos pela Superintendência-Geral, destaca-se o voto do Conselheiro-Relator. O documento menciona que os autos trazem incontáveis elementos probatórios (documentos confidenciais) de que o cartel é transnacional e atingiu inequivocamente a economia brasileira, então integralmente dependente da importação de TFT-LCD, seja para incorporar internamente a produtos manufaturados nacionalmente, seja já em produtos com tal insumo internalizado. Ainda que a grande maioria das informações apresentadas constem de forma confidencial, o documento traz alguns indicativos com

[18] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.011980/2008-12. Nota Técnica 59/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE.
[19] Idem.

relação à persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos: a resposta de clientes afetados indica a importação de produtos com a tecnologia LCD pelo Brasil dava-se por meio da compra do insumo para beneficiar o produto final no território nacional e/ou da aquisição do produto já acabado, em que os painéis TFT-LCD cartelizados já estavam incorporados. Entre tais clientes, mencionam-se provas que destacam que a Apple, empresa que importaria apenas os produtos acabados ao Brasil, seria um cliente afetado visado pelos supostos cartelistas. O documento também dispõe – de forma breve – que vendas podem não ser uma boa referência para avaliar a repercussão da colusão na economia nacional; e o fato de um território não ser objeto de uma conduta não significa que não tenha sido alcançado por ele.

#### 2.1.1.6. Casos de autopeças (Efeitos diretos e indiretos)

No Processo Administrativo 08700.005789/2014-13, instaurado em 03 de setembro de 2014 com vistas a apurar suposto cartel no mercado nacional e internacional de velas de ignição, os efeitos indiretos teriam resultado das vendas de produtos finais exportados para o Brasil os quais incorporavam velas de ignição das empresas participantes da conduta (tais efeitos indiretos podem ser obtidos, por exemplo, pela compra de veículos automotores os quais continham velas de ignição produzidas pelas empresas cartelizadas)[20].

Da mesma forma, no Processo Administrativo 08700.000949/2015-19, instaurado em 13/02/2015 com vistas a apurar suposto cartel no mercado nacional e internacional de revestimento de embreagens automotivas, os efeitos indiretos teriam resultado das vendas de produtos finais exportados para o Brasil os quais incorporavam revestimentos de embreagem das empresas participantes da conduta (*e.g.* compra de embreagem na qual o revestimento fruto das empresas cartelizadas tenha sido aplicado ou de veículo, o qual também contenha tal peça) [21].

[20] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08700.005789/2014-13. Nota técnica 76/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; e Brasil, CADE

[21] Processo Administrativo 08700.000949/2015-19. Nota Técnica Confidencial 51/2019/SG/CADE.

Ainda que as notas técnicas com a recomendação de condenação[22] tenham destacado que os efeitos indiretos possam ter sido obtidos pela compra de veículos automotores que continham velas de ignição e revestimentos de embreagem (produzidos pelas empresas cartelizadas), destacou que a verificação dos reais efeitos indiretos nos respectivos mercados se mostrava uma tarefa impraticável, uma vez que os produtos em questão seriam um componente de autopeça e que não haveria informações específicas disponíveis sobre o respectivo volume de importação. Não obstante, buscando minimamente, dar uma noção dos efeitos que o acordo colusivo sob investigação provocou indiretamente no mercado brasileiro, a SG efetuou um exercício comparando o volume de (i) importação de (i.1) velas de ignição[23] e (i.2) embreagens e suas partes[24] e o (ii) volume de importação nacional de veículos, dentro do período relevante da conduta.

Ainda que para ambos os casos, a Superintendência-Geral tenha destacado que a informação referente aos produtos finais afetados pelo cartel (quantidade de veículos de origem estrangeira licenciados no país segundo os registros nas estatísticas da Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores) não se mostrasse precisa, concluiu que a conduta foi capaz de gerar efeitos indiretos no mercado brasileiro. Referida imprecisão se deu em razão de que nem todos os veículos importados incorporam revestimentos de embreagens das empresas cartelizadas. Destaca-se que para o caso referente a revestimentos de embreagem, a Superintendência-Geral também destacou uma imprecisão, na medida em que o volume utilizado de importação de embreagens e suas partes segundo o código de NCM foi a informação mais precisa encontrada, apesar de não se tratar especificamente sobre revestimentos de embreagem.

A flexibilização adotada pela Superintendência-Geral nos casos em tela parece ser justificável quando verificadas as quantidades de produtos finais importados ao Brasil (veículos automotores): as tabelas juntadas nos autos demonstram que 2.257.501 veículos automotores teriam sido importados ao Brasil entre 2002 e 2010, enquanto teriam sido importados (i) *USD* 1.495.323,00 em embreagens e partes no

[22] Idem.
[23] Vide Processo Administrativo 08700.005789/2014-13.
[24] Vide Processo Administrativo 08700.000949/2015-19.

período e (ii) 483.802.915 velas de ignição. O julgamento dos casos pelo Tribunal do CADE ocorreu em 21/04/2021 e 11/05/2021. Os votos não trazem elementos adicionais para a consideração de efeitos indiretos.

#### 2.1.1.7. Casos de cabos subterrâneos (Efeitos diretos e indiretos)

No processo administrativo 08012.003970/2010-10, instaurado pela extinta Secretaria de Direito Econômico (SDE) em 12/11/2010 com o objetivo de apurar suposto cartel internacional com efeitos no Brasil no mercado de (i) cabos subterrâneos de alta tensão e (ii) cabos submarinos de alta tensão e de tensões mais baixas, no período total compreendido entre o início dos anos 1990 até, ao menos, julho de 2004, os efeitos indiretos do cartel de cabos de energia teriam sido produzidos no Brasil[25] a partir da distribuição e transmissão de energia elétrica pelas concessionárias e autoritárias que utilizaram o material cartelizado e assim repassaram indiretamente os custos majorados decorrentes dessa aquisição aos consumidores finais de energia elétrica.

A SG destacou que a transmissão da energia elétrica só poderia ter sido realizada por meio de cabos transmissores, sendo certo que a utilização de produtos oriundos de um cartel nesse segmento encareceria sobremaneira o preço da tarifa repassada ao consumidor final de energia elétrica[26]. Ainda, apresentou dados no sentido de corroborar que os custos com transmissão e distribuição de energia elétrica são significativas parcelas do custo total do valor final da energia elétrica[27], assim como apresentou o nome de clientes que teriam sido lesados com tais práticas. Sem apresentar dados específicos de sobrepreços praticados nas tarifas de energia elétrica, considerou-se que os valores pagos poderiam ter sido consideravelmente inferiores, não fosse pelo cartel formado ter afetado as distribuidoras de energia elétrica brasileiras.

---

[25] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.003970/2010-10. Nota técnica 22/2019/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

[26] Idem.

[27] Nesse sentido, a Note Técnica dispõe: "(...) Conforme dados da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), o valor da tarifa compõe-se principalmente pela parcela referente à compra de energia, transmissão e encargos setoriais, sendo que 17% desse valor referem-se exclusivamente aos custos com transmissão, os quais incluem, naturalmente, o preço dos cabos necessários à transmissão da energia".

Outro ponto relevante destacado pela Superintendência-Geral refere-se ao fato de que a Prysmian, uma das empresas que constava no polo passivo, era o maior *player* do mercado e a única fabricante de cabos no território brasileiro no período da conduta, responsável então pela instalação de cerca de 95% das linhas brasileiras de alta tensão[28]. O julgamento dos casos pelo Tribunal do CADE ocorreu em 23/04/2021. Os votos não trazem elementos adicionais para a consideração de efeitos indiretos.

#### 2.1.1.8. CRTs (Efeitos diretos e indiretos)

No Processo Administrativo 08012.005930/2009-79, instaurado, em 17 de dezembro de 2009, para apurar indícios de formação de cartel no mercado de componentes de vidro para tubos de raios catódicos (Cathode Ray Tubes - CRT), no período de 1999 a 2007, efeitos indiretos teriam sido produzidos no Brasil a partir da importação de tubos de raios catódicos (CRTs) fabricados no exterior por empresas que adquiriram os componentes de vidros dos membros do suposto cartel. Em outras palavras, fabricantes nacionais de televisores e monitores de computador que utilizaram CRTs importados de empresas estrangeiras clientes dos membros do cartel também teriam sido afetados pelo cartel e, por consequência, também os consumidores brasileiros desses produtos finais. A Superintedência-Geral destacou que a análise não tinha pretensão de esgotar a extensão dos efeitos produzidos, dado que essa verificação seria desnecessária para fins de configuração da prática em exame.

A fim de verificar a possibilidade de efeitos lesivos ao mercado brasileiro[29], a Superintendência-Geral se utilizou como proxy os dados de importação de CPTs (NCM 8540.11.00) e CDTs (NCM 8540.40.00) no sistema Aliceweb. Para apurar a origem dessas importações, a SG/CADE oficiou fabricantes brasileiras de televisores CPT e monitores CDT questionando-as sobre eventuais importações de CRTs (referidas informações constam em caráter confidencial no documento).

[28] Idem.

[29] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.005930/2009-79. Nota Técnica 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

Em 22/08/2018 houve julgamento do caso pelo Tribunal Administrativo do CADE. Além das considerações realizadas pela Superintendência-Geral, importante trazer as considerações trazidas no voto-vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior:

> "Os efeitos indiretos existentes no presente caso também me parecem bastante convincentes para a condenação dos Representados. Houve a venda de um insumo a um produtor do bem final, que o vendeu no mercado brasileiro. **Esse insumo representava relevante parcela do produto final, que não teria utilidade sem o insumo**. Em casos como esse, tenho total conforto de entender que o cartel afetou sim o Brasil e, portanto, está sujeito às penalidades da Lei 12.529/11. Isso porque cartel de bens intermediários não é raro de acontecer e não pode ficar impune pelo simples fato de não se tratar do produto final."

### 2.2.2. Parâmetros persecutórios

Conforme explicado no item 2.2, este subitem encontra-se subdividido em 5 sub-itens, os quais agrupam considerações relevantes feitas pelo CADE na análise de cada caso concreto: (item 2.2.2.1) os efeitos indiretos no Brasil devem ser suficientemente materiais, contabilizáveis e relevantes; (item 2.2.2.2) o Brasil de fato é um destino relevante do produto final afetado pelo cartel; (2.2.2.3) as empresas do cartel são origens relevantes da demanda brasileira; (item 2.2.2.4) as empresas do cartel tem atuação e presença no Brasil de forma substancial, por meio de outros mercados; ou (item 2.2.2.5) inexistência de investigações e/ou condenações relevantes do cartel nas autoridades direta e primordialmente afetadas, entre outros cuja aferição seja possível de maneira objetiva.

#### 2.2.2.1. Efeitos indiretos no Brasil devem ser suficientemente materiais, contabilizáveis e relevantes

A reconstituição do nexo causal entre o cartel internacional com efeitos indiretos e seu potencial impacto indireto no território nacional é inegavelmente

complexa[30]. Para além de uma mera ilação, a materialização e contabilização de efeitos indiretos de um cartel demanda informações acerca da dimensão de seus efeitos diretos sobre as vendas do produto afetado nos locais em que a conduta ocorreu, bem como acerca da extensão de seus reflexos nas vendas dos subprodutos exportados ao Brasil. Tais informações, muitas vezes, não estão disponíveis à autoridade concorrencial brasileira, especialmente se o cartel não foi investigado pelas autoridades locais[31].

Com base nos casos analisados nos itens anteriores, nota-se que o CADE não obteve êxito em comprovar materialidade de efeitos nos dois únicos casos nos quais a conduta de um cartel internacional com efeitos indiretos chegou a ser analisada como hipótese fática isolada, independente da geração de efeitos diretos. Note-se, no entanto, que para tais casos a possibilidade de geração de efeitos indiretos ocorreu após a exclusão da possibilidade de que as condutas tivessem gerado efeitos diretos no Brasil. Com base nos casos analisados, verifica-se que o CADE não chegou a instaurar processo administrativo exclusivamente para a apuração de cartel internacional única e exclusivamente com efeitos indiretos no território nacional.

Em linha com o disposto acima, destaca-se que todos os casos nos quais houve recomendação de condenação pela Superintendência-Geral envolviam situações nas quais foram imputadas aos Representados – de forma sobreposta ou concomitante – a participação em um cartel internacional com exportações cartelizadas diretas e indiretas. Evidente que em tais casos, a comprovação dos efeitos indiretos é facilitada, uma vez que a autoridade local possui mais facilmente informações que servem como ponto de partida referentes a determinadas vendas diretas, sejam estas prestadas pelas próprias Representadas ou por fontes oficiais coletadas pelo próprio CADE.

---

[30] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.001183/2009-08. Nota técnica 76/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.003970/2010-10. Nota técnica 22/2019/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08700.000949/2015-19. Nota Técnica Confidencial 51/2019/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.011980/2008-12. Nota Técnica 59/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.001395/2011-00. Nota Técnica 108/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.002414/2009-92. Nota Técnica 23/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.005255/2010-11. Nota Técnica 35/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.005930/2009-79. Nota Técnica 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 2.000774/2011-74. Nota Técnica 17/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

[31] Idem.

A partir da análise dos casos listados no item 2.2, verifica-se um padrão seguido pela SG para a contabilização dos efeitos indiretos. Enquanto para determinados casos, se conduz um exercício comparativo entre (i) o volume de (i.a) importação do produto cartelizado (para verificação da relevância da demanda brasileira) e o (i.b) volume de importação dos produtos finais (*e.g.* diretamente exportados ao Brasil), dentro do período relevante da conduta; (ii) em outros casos a Superintendência-Geral verificou o valor total de importação dos produtos finais ao território brasileiro, multiplicando-a pela percentagem estimada do componente cartelizado no produto. Em alguns casos a SG destacou a existência de imprecisões a fim de identificar os exatos produtos (*e.g.* código NCM não exatamente correspondente), o que, no entanto, não afastou a consideração de possibilidade de materialização dos efeitos indiretos.

Ainda que a flexibilização referenciada acima tenha ocorrido apenas em casos nos quais efeitos diretos também tenham sido verificados, seria um pouco forçoso concluir que o teste de efeitos indiretos pela Superintendência-Geral no CADE é menos exigente quando a conduta imputada aos representados envolve também efeitos diretos ao Brasil. Cumpre destacar, no entanto que nesse caso referida flexibilização pode e deve estar provavelmente relacionada a um dos outros cinco elementos considerados para a persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos, os quais serão detalhados mais adiante: fato de o Brasil ser um destino relevante do produto final afetado pelo cartel; as empresas do cartel serem origens relevantes da demanda brasileira; e/ou especialmente o fato de deterem atuação e presença no Brasil de forma substancial por outros mercados (*e.g.* participação relevante no mercado no qual o cartel possui efeitos diretos).

É possível alegar, no entanto, que a Superintendência-Geral tende a instaurar processos administrativos envolvendo condutas nas quais um cartel internacional com efeitos indiretos não tenha sido aventado como hipótese fática isolada. Forçoso também, no entanto seria destacar que a existência de efeitos diretos seria – com base nos elementos até então analisados – uma condição para a análise dos efeitos indiretos, uma vez que nos casos nos quais a conduta ocorre de forma simultânea (efeitos diretos e indiretos) é – conforme tratado acima – evidentemente mais fácil comprovar a materialidade da conduta. Imperioso, no entanto, destacar, que a ausência de dados e

fontes se demonstra um empecilho constante na instauração destes tipos de processo, o que, no entanto, não afasta a possibilidade de dano a empresas brasileiras.

### 2.2.3. O Brasil de fato é um destino relevante do produto final afetado pelo cartel

Ainda que com base nos casos analisados não tenha sido possível verificar quais os critérios para se considerar que o Brasil é um destino relevante do produto final, verifica-se que tal exercício é realizado logo quando da tentativa de contabilização dos efeitos reportada no item 2.2.2 acima. Ainda que inexista um critério *de minimis* para a consideração desse item, verifica-se em todos os casos que as vendas do produto final ultrapassaram a casa dos milhões. Veja-se abaixo:

| | PA nº | Considerações |
|---|---|---|
| **1** | 08700.005789/2014-13 | 2.257.501 veículos automotores (produtos finais) teriam sido importados ao Brasil entre 2002 e 2010, enquanto teriam sido importadas cerca de 483.802.915 velas de ignição. |
| **2** | 08700.000949/2015-19 | 2.257.501 veículos automotores (produtos finais) teriam sido importados ao Brasil entre 2002 e 2010, enquanto teriam sido importadas cerca de USD 1.495.323,00 em embreagens e partes no período. |
| **3** | 08012.011980/2008-12 | Brasil importou USD 391.349.034 do produto final entre 2001 e 2006. O produto intermediário cartelizado representava cerca de 10% do valor total, representando quase 40 milhões do valor total das importações. |
| **4** | 08012.001395/2011-00 | Entre 2003 e 2008, importou-se USD 1.609.604.985 dólares de tais produtos (sendo possivelmente mais no período total da conduta, ainda que tal informação não esteja disponível). |
| **5** | 08012.002414/2009-92 | Entre 1997 a 2007, Brasil importou 923.689 (novecentos e vinte e três mil e seiscentos e oitenta e nove) unidades de televisores totalizando o custo de USD 132.307.254 (cento e trinta e dois milhões e trezentos e sete mil e duzentos e cinquenta e quatro dólares americanos). |
| **6** | 08012.005255/2010-11 | Entre 1998 a 2002, o Brasil importou um total de US$ 4.483.609.073,00 (o que correspondeu a 67.104.473 unidades de tais produtos) de produtos que utilizam DRAM em sua composição, como computadores, discos rígidos, scanners. |
| **7** | 08012.005930/2009-79 | Entre 1999 a 2007, o Brasil importou 40.419.273 (quarenta milhões, quatrocentos e dezenove mil e duzentas e setenta e três) unidades de CRTs totalizando o custo de UDD 2.397.743.784 (dois bilhões, trezentos e noventa e sete milhões, setecentos e quarenta e três mil e setecentos e oitenta e quatro dólares americanos) livre de frete e outros encargos. |

Fonte: Elaboração do autor.

Merece destaque também a consideração feita pelo CADE da importância do insumo (produto intermediário cartelizado) para a composição do produto final. Nesse sentido, ainda que não se trate de trecho reproduzido por todos os conselheiros, nota-se o disposto no voto-vogal do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior no âmbito do Processo Administrativo 08012.005930/2009-79 que dispõe que quando se trata de um bem essencial, qualquer que seja o percentual representativo do valor do final do produto não

seria apropriado para mensurar os efeitos da conduta. Isto já que a própria indisponibilidade integral do produto final – e de suas funcionalidades – seria suficiente para potencialidade negativa do cartel internacional.

Outro ponto que merece atenção se refere ao conjunto probatório apresentado – no Brasil e/ou exclusivamente em outras jurisdições, caso o cartel possua apenas efeitos indiretos no mercado nacional – que demonstre a relevância da representatividade de vendas possa ser um elemento que corrobore a construção de casos pela autoridade antitruste local.

### 2.2.4. As empresas do cartel são origens relevantes da demanda brasileira

Conforme breve análise dos casos reportados nos itens anteriores, a constatação desse parâmetro parece estar justificada pela relevante participação de mercado de uma ou mais das empresas cartelizadas no mercado nacional. A exemplo, no Processo Administrativo 08012.003970/2010-10, menciona-se que a Prysmian, uma das representadas, era o maior *player* do mercado e a única fabricante de cabos no território brasileiro no período da conduta, responsável então pela instalação de cerca de 95% das linhas brasileiras de alta tensão. Por sua vez, no Processo Administrativo 08012.000773/2011-20, as empresas cartelizadas possuíam elevada participação de mercado das empresas taiwanesas e coreanas no Brasil, respondendo por mais de 60% das vendas de TPE no país (Brasil seria um país altamente dependente das importações).

Outro ponto que o CADE parece levar em consideração se refere à relevante participação de mercado de uma ou mais das empresas cartelizadas no mercado mundial – o que pode demonstrar pelo CADE uma preocupação com concorrência potencial. Ainda que o caso no qual tal elemento tenha sido considerado como relevante tenha sido arquivado, há a menção de que as empresas cartelizadas, possuíam parcela substancial da produção mundial de plásticos, especialmente ABS (cerca de 69%. Vide Processo Administrativo 08012.000774/2011). Com base nos dados dispostos acima, verifica-se que uma participação de mercado de ao menos 60% – com relação ao produto final – parece ser considerada pelo CADE como relevante. Note-se que o patamar de 60% não corresponde a um critério *de minimis* a fim de se considerar que as empresas do cartel são

origens relevantes da demanda brasileira. Curioso, no entanto, destacar que o patamar se aproxima àquele no qual costuma a se aplicar remédios em controle prévio de concentrações.

### 2.2.5. As empresas do cartel têm atuação e presença no Brasil de forma substancial, por meio de outros mercados

A partir da análise de casos levantados para a presente análise, verifica-se que a constatação desse parâmetro pode estar relacionada com dois outros fatores elencados anteriormente: o fato de que grande parte dos casos que envolvem a análise de conduta de cartel internacional com efeitos indiretos não ocorre como uma hipótese fática isolada, mas em contraponto envolve também condutas que repercutem também em efeitos diretos ao mercado brasileiro (*e.g.* o que por vezes envolve a constatação e presença das empresas em outros mercados, especialmente aquele referente ao produto final no qual se encontra o componente cartelizado); assim como as empresas do cartel serem origens relevantes da demanda brasileira.

Com relação ao primeiro ponto, e conforme já apontado ao longo deste trabalho a maior parte dos processos analisados envolvem condutas nas quais carteis com efeitos diretos e indiretos não constituem hipóteses fáticas isoladas e estanques, mas se sobrepõem ou ocorrem concomitantemente entre si e por vezes também com relação a condutas ocorridas também em âmbito local. Nesses casos, evidente se um cartel gera efeitos diretos no território nacional, possui atuação por meio de outro mercado que não aquele objeto do produto cartelizado que gera efeitos indiretos.

### 2.2.6. Inexistência de investigações e/ou condenações relevantes do cartel nas autoridades direta e primordialmente afetadas, entre outros cuja aferição seja possível de maneira objetiva

A constatação do parâmetro ora em análise relaciona-se à discussão de *double counting* de base de cálculo (faturamento) e potencial sobrepunição de empresas, a qual não se confunde com a discussão de *bis in idem*, que possui fundo jurídico. Nesse sentido,

cumpre destacar o apresentado pela Superintendência-Geral em diversas ocasiões quando da instauração de processos administrativos objeto da presente análise[32]:

> "Juridicamente, uma multa aplicada fora do Brasil, por autoridade que não é brasileira, não afasta a jurisdição e punição pelas autoridades brasileiras competentes. É certo, porém, que as autoridades públicas antitruste não podem ser totalmente cegas a questão do double-counting no caso de exportações indiretas. Veja-se que tal questão não existe no caso de exportações diretas, em que o Cade considera como base para o cálculo da multa o faturamento representado pelas exportações ao país, faturamento este que não é considerado pela autoridade do país de origem, a princípio (já que se trata de faturamento fora de seu território. No caso de efeitos indiretos, contudo, quando se trata de produto que não foi exportado diretamente para o Brasil, mas, sim, vendido como insumo em outro país, e depois inserido em produto final para cá exportado, a situação é distinta. Note-se que, neste caso, se **a autoridade do país de origem multa as empresas que praticaram o cartel com base nas suas vendas do produto cartelizado, estas empresas em tese estão punidas. Elas não faturam mais quando o produto cartelizado e inserido em um produto final e exportado para outros países. Um posicionamento de autoridades antitruste ao redor do mundo que não atente para isso pode gerar o efeito nefasto de sobre punir determinadas empresas, que seriam sancionadas diversas vezes em cima do mesmo faturamento**. Tal diretriz, além de juridicamente desproporcional, poderia ter como efeito até mesmo falências múltiplas, o que ao final significa restrições de

[32] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.001183/2009-08. Nota técnica 76/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.003970/2010-10. Nota técnica 22/2019/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08700.000949/2015-19. Nota Técnica Confidencial 51/2019/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.011980/2008-12. Nota Técnica 59/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.001395/2011-00. Nota Técnica 108/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.002414/2009-92. Nota Técnica 23/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.005255/2010-11. Nota Técnica 35/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.005930/2009-79. Nota Técnica 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.000774/2011-74. Nota Técnica 17/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

> oferta, aumento de custos e redução da concorrência. Significa dizer, em conclusão, que os países, incluindo o Brasil só devem punir carteis desse tipo naqueles casos em que os efeitos potenciais da conduta no país sejam claramente substanciais, a ponto de demandar uma ação coercitiva da própria autoridade brasileira." (grifei)

Note-se que quando se trata de cartéis internacionais, o CADE costuma depender intensamente, ainda que não exclusivamente, de Leniência e Termos de Compromisso de Cessação. Além disso, a Autoridade frequentemente recorre a decisões e acordos celebrados em outras jurisdições como um recurso investigativo. Além disso, a cooperação internacional com outras autoridades antitruste está sendo intensificada. Quando um caso tem origem em um acordo de leniência, por exemplo, a cooperação internacional é comumente estabelecida se o proponente conceder à SG / CADE uma renúncia processual ou total – que pode continuar durante todo o processo –, por meio do qual os proponentes autorizam o CADE a se comunicar com autoridades estrangeiras a fim de trocarem impressões e informações sobre a leniência proposta[33]. Destaca-se que entre os casos analisados para a elaboração do presente trabalho, todos chegaram a conhecimento do CADE por meio de acordos de leniência.

Com base nos elementos dispostos acima, cumpre destacar inicialmente que o risco de sobrepunição aventado baseia-se na mera possibilidade de que uma dupla condenação venha a gerar efeitos nefastos. No mais, a consideração de que seria juridicamente desproporcional e que geraria falências múltiplas tampouco se compõe de elementos que comprovem tal posicionamento. Isto porque as sanções aplicadas por jurisdições estrangeiras nas quais o cartel tenha gerado efeitos diretos podem não ter sido eficientes a fim de coibir práticas ilícitas, inclusive porque podem ter resultado na absolvição de tais empresas. Sem adentrar na discussão referente à possibilidade de uma dupla condenação por diferentes jurisdições, em razão do *double-counting* da base de cálculo – o que demandaria um trabalho científico específico para o tratamento dessa

[33] ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela. A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: Legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy. **Concurrences Competition Law Review**, Paris. Vol. 3-2016. p. 1-8.

hipótese e que caso positivo demandaria a aplicação de uma política antitruste mais restrita pela autoridade local –,a ausência ou insuficiência das sanções aplicadas por outras jurisdições pode resultar na continuidade de efeitos lesivos ao território brasileiro (ainda que indiretamente).

Considerando – conforme pontos destacados em outros itens – que todos os processos administrativos instaurados para averiguação de carteis internacionais com efeitos indiretos envolviam também a averiguação ou possibilidade de verificação de efeitos diretos, é possível que a necessidade de se adentrar na discussão de possibilidade de *double-counting* tenha servido como fator que tenha desincentivado a instauração de processos administrativos nos quais os efeitos de carteis internacionais no Brasil ocorrem única e exclusivamente pela via indireta. No entanto, tal ponto não pode ser tratado de forma isolada pela autoridade, uma vez que toda e qualquer decisão da autoridade se orienta pelo princípio da eficiência administrativa. Nesse sentido, a Superintendência-Geral dispõe[34]:

> "Deve-se destacar também um fator aliado ao princípio constitucional da eficiência administrativa que deve orientar toda e qualquer política pública, incluída aí a política de defesa da concorrência. É que a não mitigação da regra do art. 2º em tais situações poderia levar ao absurdo, senão impossível, de se exigir da autoridade brasileira a persecução de todo e qualquer cartel existente no mundo em que, em algum momento, em algum elo da cadeia, um produto influenciado por um insumo cartelizado tenha sido comercializado em território nacional. Numa economia globalizada, é quase certo que um produto final que contenha

[34] Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.001183/2009-08. Nota técnica 76/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Brasil, CADE. Processo Administrativo 08012.003970/2010-10. Nota técnica 22/2019/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08700.000949/2015-19. Nota Técnica Confidencial 51/2019/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.011980/2008-12. Nota Técnica 59/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.001395/2011-00. Nota Técnica 108/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.002414/2009-92. Nota Técnica 23/2017/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.005255/2010-11. Nota Técnica 35/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.005930/2009-79. Nota Técnica 118/2015/CGAA7/SGA2/SG/CADE; Processo Administrativo 08012.000774/2011-74. Nota Técnica 17/2016/CGAA7/SGA2/SG/CADE.

> em si um produto intermediário cartelizado ingresse no país em algum momento, em alguma quantidade. Se isso, por si só, for considerado um "efeito potencial" de um cartel no Brasil, a ponto de demandar a atuação da autoridade antitruste, isso significaria que o Cade deveria abrir investigações toda vez que um cartel fosse investigado em qualquer parte do mundo. Isso evidentemente é impossível e indesejado. Frente aos recursos escassos disponíveis à Administração, impõe-se que haja uma ponderação, no caso concreto, acerca da conveniência e oportunidade de se investigar conduta semelhante vis a vis a priorização de casos com impactos mais relevantes no território nacional. Não por outra razão, são raros ou inexistentes casos de carteis com efeitos puramente indiretos sendo investigados por outras jurisdições."

Inegável que carteis clássicos e que gerem efeitos diretos ao mercado brasileiro são prioridades da autoridade, uma vez que em muitos casos – especialmente no caso do primeiro – a ausência da instauração de um processo administrativo pela autoridade antitruste resulta na ausência de qualquer penalização aos participantes da conduta. Destaca-se que tal fator não pode por si justificar a autoridade antitruste colocar em segundo plano a persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos: a ausência ou insuficiência das sanções aplicadas por outras jurisdições pode resultar na continuidade de efeitos lesivos ao território brasileiro (ainda que indiretamente).

## 3. Panorama geral sobre a análise de carteis internacionais com efeitos indiretos no Brasil: Impossibilidade de caracterização da postura da autoridade como permissiva

Após conclusão de pesquisa empírica, foram verificados cinco parâmetros específicos que servem como base para a investigação e punição de cartéis internacionais com efeitos indiretos no Brasil, sendo eles: (i) os efeitos indiretos no Brasil devem ser suficientemente materiais, contabilizáveis e relevantes; (ii) o Brasil de fato é um destino relevante do produto final afetado pelo cartel; (iii) as empresas do cartel são origens relevantes da demanda brasileira; (iv) as empresas do cartel tem atuação e presença no Brasil de forma substancial, por meio de outros mercados; ou (v) inexistência de

investigações e/ou condenações relevantes do cartel nas autoridades direta e primordialmente afetadas, entre outros cuja aferição seja possível de maneira objetiva. Com base nos elementos analisados, identifica-se a improbabilidade de instauração de um processo administrativo de cartel internacional com efeitos indiretos meramente potenciais.

Ainda que haja parâmetros claros, a pesquisa empírica não identificou processos administrativos instaurados pela autoridade concorrencial brasileira na qual carteis internacionais com efeitos indiretos tenham sido analisados como hipótese fática isolada (*e.g*. envolvendo de forma concomitante conduta de cartel internacional com efeitos diretos). Ainda que não sejam claros os motivos para a ausência da instauração de tais investigações pela autoridade antitruste, o fator primordial parece se referir à dificuldade de estabelecimento do nexo causal entre o suposto cartel e seu potencial impacto indireto no território nacional, o que representa uma limitação em razão da insuficiência de dados disponíveis ao CADE. Verifica-se, no entanto, que tais processos tendem a ser instaurados pela Superintendência-Geral quando a conduta envolve cartel com efeitos diretos de forma sobreposta ou concomitante, assim como nenhum dos casos foi instaurado *ex officio* pelo CADE.

Forçoso também, no entanto seria destacar que a existência de efeitos diretos seria uma condição para a análise dos efeitos indiretos, uma vez que nos casos nos quais a conduta ocorre de forma simultânea (efeitos diretos e indiretos) é – conforme tratado acima – evidentemente mais fácil comprovar a materialidade da conduta. No entanto, não se pode excluir a possibilidade de que a análise de efeitos indiretos ocorra como critério de conveniência da autoridade em casos nos quais antes verificados efeitos diretos.

O disposto acima pode ser corroborado essencialmente por dois fatores principais e relacionados, sendo o primeiro deles a possibilidade de que a dupla condenação possa gerar efeitos negativos decorrentes da sobrepunição de determinadas empresas, ainda que tal possibilidade não tenha sido ponderada pelo CADE nos casos analisados na pesquisa empírica. Tal ponto encontra-se também relacionado ao princípio da eficiência administrativa, em razão da priorização do tratamento de outros assuntos pela autarquia. Neste caso, inegável que o tratamento de carteis clássicos e/ou internacionais que gerem efeitos diretos ao mercado brasileiro sejam prioridade, posto

que ausência da instauração de um processo administrativo pela autoridade local resultaria na ausência de penalização aos participantes da conduta.

No entanto, os dois últimos fatores não devem por si justificar a inércia da autoridade antitruste na persecução de carteis internacionais com efeitos indiretos. Isto porque as sanções aplicadas por jurisdições estrangeiras nas quais o cartel tenha gerado efeitos diretos podem não ter sido eficientes ou suficientes a fim de coibir práticas ilícitas, inclusive considerando que os participantes podem ter sido absolvidos em razão de um processo sancionador antitruste menos rígido e/ou em razão da prescrição precoce da pretensão punitiva.

## 4. Conclusão

Diante do exposto acima e sem considerar a discussão referente à possibilidade de uma dupla condenação por diferentes jurisdições, em razão do *double-counting* da base de cálculo – o que demandaria um trabalho científico específico para responder tal pergunta e que caso positivo demandaria a aplicação de uma política antitruste mais restrita pela autoridade local – assim como assumindo a premissa do CADE de que condutas de outras naturezas devam ser priorizadas, aventa-se a possibilidade da adoção de mecanismos adicionais de política de concorrência em sentido amplo. Tais fatores por si não podem levar à conclusão de que o CADE possui uma postura permissiva no tratamento de carteis internacionais com efeitos indiretos.

No entanto, ainda que considerada como plausível a ausência de instauração de processos em razão da impossibilidade de dupla condenação e necessidade de priorização de outras condutas – questões que não são objeto do presente trabalho –, isto não afastaria a necessidade de uma apuração da autoridade para verificar a aplicação, efetividade e suficiência de punições levadas a cabo em outras jurisdições, a fim de coibir efeitos lesivos e evitar a reincidência de práticas que afetem indiretamente o Brasil. Tais medidas demonstram-se necessárias para o eventual endereçamento de medidas cabíveis por meio da aplicação de uma política antitruste mais restrita (se tida como possível a possibilidade de dupla condenação); e/ou por meio da intensificação ou celebração de acordos de cooperação. Para que o CADE possa, no entanto, determinar quais

mecanismos adicionais seriam necessários, no entanto, aventa-se a possibilidade da condução de uma avaliação *ex-post* de carteis internacionais analisados em outras jurisdições que tenham tão somente resultado em efeitos indiretos no Brasil.

**Referências bibliográficas**

MARTINS SANTOS, Karla Margarida. **Cartéis transnacionais: a transnacionalização das decisões do direito concorrencial e as ações de reparação de danos em defesa da concorrência**. Curitiba, Juruá, 2016.

ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela. *A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: Legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy*. ***Concurrences Competition Law Review,*** Paris. Vol. 3-2016. p. 1-8.

LUVIZOTTO, Barbara. **A aplicação da teoria dos efeitos nos atos de concentração: análise à luz da lei antitruste brasileira e da experiência internacional**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade de São Paulo. Pág. 102. 2014.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08700.005789/2014-13. Relator(a): PRADO, Lenisa. Julgamento: 11/05/2021.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.003970/2010-10. Relator(a): DA SILVEIRA, Paulo Burnier. Julgamento: 15/04/2020.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08700.000949-2015-19. Relator(a): PRADO, Lenisa. Julgamento: 14/04/2021.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.011980/2008-12. Relator(a): DE RESENDE, João Paulo. Julgamento: 10/04/2019.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.001395/2011-00. Relator(a): DE RESENDE, João Paulo. Julgamento: 27/02/2019.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.002414/2009-92. Relator(a): DA SILVEIRA, Paulo Burnier. Julgamento: 03/10/2018.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.005255/2010-11. Relator(a): DE ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos. Julgamento: 03/05/2017.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.005930/2009-79. Relator(a): DA SILVEIRA, Paulo Burnier. Julgamento: 05/04/2017.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.000774/2011-74. Relator(a): MACEDO, Alexandre Cordeiro. Julgamento: 14/09/2016.

BRASIL, Cade. Processo Administrativo 08012.000773/2011-20. Relator(a): REZENDE, João Paulo. Julgamento: 31/08/2016.

**Anexo 1: Tabela de casos reportando discussões relevantes com relação a análise de carteis internacionais com efeitos indiretos no Brasil (processos administrativos relevantes)**

| | PA nº | Data de instauração | Mercado | Principais parâmetros destacados | Data de conclusão |
|---|---|---|---|---|---|
| **1** | 08700.005789/2014-13 | 03/09/2014 | Suposto cartel no mercado nacional e internacional de velas de ignição. | i) 2.257.501 veículos automotores (produtos finais) teriam sido importados ao Brasil entre 2002 e 2010, enquanto teriam sido importadas cerca de 483.802.915 velas de ignição. | 03/09/2014 |
| **2** | 08700.000949/2015-19 | 13/02/2015 | Suposto cartel no mercado nacional e internacional de revestimento de embreagens automotivas. | i) 2.257.501 veículos automotores (produtos finais) teriam sido importados ao Brasil entre 2002 e 2010, enquanto teriam sido importadas cerca de USD 1.495.323,00 em embreagens e partes no período. | 13/02/2015 |
| **3** | 08012.003970/2010-10 | 12/11/2010 | Suposto cartel internacional no mercado de (i) cabos subterrâneos de alta tensão e (ii) cabos submarinos de alta tensão e de tensões mais baixas | i) A transmissão da energia elétrica só poderia ter sido realizada por meio de cabos transmissores (produto intermediário);<br><br>ii) Custos com transmissão e distribuição de energia elétrica são significativas parcelas do custo total do valor final da energia elétrica;<br><br>iii) Exemplificação de clientes brasileiros que teriam sido afetados pelo suposto cartel; e<br><br>iv) a Prysmian, uma das empresas que constava no polo passivo, era o maior player do mercado e a única fabricante de cabos no território brasileiro no período da conduta, responsável então pela instalação de cerca de 95% das linhas brasileiras de alta tensão | 23/04/2021 |
| **4** | 08012.011980/2008-12 | 08/12/2009 | Suposto cartel internacional com efeitos no Brasil no mercado de Painéis de | i) Brasil importou USD 391.349.034 do produto final entre 2001 e 2006. O produto intermediário cartelizado representava cerca de | 27/02/2019 |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | | Cristal Líquido com Transistores de Película Fina | 10% do valor total, representando quase 40 milhões do valor total das importações.<br><br>ii) então integralmente dependente da importação de TFT-LCD, seja para incorporar internamente a produtos manufaturados nacionalmente, seja já em produtos com tal insumo internalizado (constatado por resposta de clientes nacionais) | |
| **5** | 08012.001395/2011-00 | 03/10/2011 | Suposto cartel no mercado asiático de fabricação de Elastômeros Termoplásticos (TPE), especialmente o Estireno de Butadieno Estirênico. | i) Entre 2003 e 2008, importou-se USD 1.609.604.985 dólares de tais produtos (sendo possivelmente mais no período total da conduta, ainda que tal informação não esteja disponível).<br><br>ii) Participações de mercado das empresas representadas superava o patamar de 90% no mercado mundial de ODD | 30/01/2019 |
| **6** | 08012.002414/2009-92 | 22/03/2010 | Suposto cartel no mercado internacional de fabricação e venda de tubos para imagem colorida (CPTs). | i) Entre 1997 a 2007, Brasil importou 923.689 (novecentos e vinte e três mil e seiscentos e oitenta e nove) unidades de televisores totalizando o custo de USD 132.307.254 (cento e trinta e dois milhões e trezentos e sete mil e duzentos e cinquenta e quatro dólares americanos).<br><br>ii) Produto intermediário (cartelizado) representava cerca de 50% do valor total do produto; e<br><br>iii) Decisão reporta que restaram comprovados os efeitos lesivos ao mercado brasileiro (documentação confidencial não disponível) | 22/08/2018 |
| **7** | 08012.005255/2010-11 | 21/06/2010 | Suposto cartel internacional com efeitos no Brasil no mercado de Memória Dinâmica de Acesso Aleatório (Dynamic Random Access Memory – "DRAM) | i) Entre 1998 a 2002, o Brasil importou um total de US$ 4.483.609.073,00 (o que correspondeu a 67.104.473 unidades de tais produtos) de produtos que utilizam DRAM em sua composição, como computadores, discos rígidos, scanners;<br><br>ii) Produto intermediário (produto cartelizado) corresponde a | 23/11/2016 |

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | | | insumo essencial ao produto final (percentagem do valor do produto seria irrelevante nesse caso); e<br><br>iii) Destaque para efeitos lesivos a clientes com atuação no mercado nacional, conforme informações trazidas pelos signatários do Acordo de Leniência | |
| **8** | 08012.005930/2009-79 | 17/12/2009 | Suposto cartel internacional de vidros para CRT | i) Entre 1999 a 2007, o Brasil importou 40.419.273 (quarenta milhões, quatrocentos e dezenove mil e duzentas e setenta e três) unidades de CRTs totalizando o custo de UDD 2.397.743.784 (dois bilhões, trezentos e noventa e sete milhões, setecentos e quarenta e três mil e setecentos e oitenta e quatro dólares americanos) livre de frete e outros encargos. | 23/04/2021 |
| **9** | 08012.000774/2011-74 | 29/08/2011 | Suposto cartel no mercado de Plástico ABS com efeitos no território brasileiro | Parâmetros ausentes | 14/09/2016 |
| **10** | 08012.000773/2011-20 | 01/11/2011 | suposto cartel no mercado de Elastômeros Termoplásticos (TPE), especialmente o Estireno de Butadieno Estirênico (SBS) | Parâmetros ausentes | 31/08/2016 |

# 22. ADEQUAÇÃO AO *FCPA* E AO *UK BRIBERY ACT*: VANTAGENS E DESVANTAGENS PARA AS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS BRASILEIRAS

## *22. COMPLIANCE TO FCPA AND UK BRIBERY ACT: ADVANTAGES AND DISADVANTAGES FOR SMALL AND MEDIUM-SIZED BRAZILIAN COMPANIES*

Maria Augusta Viegas e Natália Ferreira Freitas Bandeira

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. LEGISLAÇÃO ANTICORRUPÇÃO 2.1. *The Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) 2.2. *UK Bribery Act* 2.3. Lei Anticorrupção Brasileira. 2.4. Diferenças entre as legislações anticorrupção americana, britânica e brasileira. 3. PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS E O *COMPLIANCE* AO FCPA E AO *UK BRIBERY ACT* 3.1. Pequeno Exportador: Delimitação no Brasil nos termos da lei complementar (LC) n. 139/2011. 3.2. As micro e pequenas empresas nas exportações Brasileiras 3.3. Os custos da adequação das MPEs ao FCPA e ao *UK BRIBERY ACT* 3.4. Transplante do FCPA e do *UK Bribery Act*: pontos positivos e pontos negativos 4. CONCLUSÃO

**RESUMO:** O *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), dos Estados Unidos, o *UK Bribery Act*, do Reino Unido, bem como a Lei Anticorrupção Brasileira são exemplos de normativos antissuborno. Para serem eficientes, podem penalizar pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras, entre elas, as micro e pequenas empresas. Ocorre que a adaptação a esses normativos implica altos e constantes custos, que merecem ser avaliados, caso a empresa opte por exportar seus produtos. Sendo assim, esse artigo se propõe a analisar as semelhanças e diferenças entre os normativos mencionados, bem como as vantagens e desvantagens de as MPEs brasileiras adequarem-se aos normativos estrangeiros.

**ABSTRACT:** *The Foreign Corrupt Practices Act, from the United States, the UK Bribery Act, from the United Kingdom, and the Brazilian Anti-corruption law are examples of anti-bribery legislation. To be efficient, they can penalize natural and juridical persons, either national or not, including micro and small enterprises. However, to adopt those legislations, there are high and continuous costs involved. They must be considered if the company chooses to export its products. This article analyzes the similarities and differences between those legislations, the advantages and disadvantages of adopting FCPA, and UK Bribery Act for Brazilian micro and small companies.*

## 1. Introdução

O combate à corrupção é uma pauta atual e necessária para o desenvolvimento interno e externo os países. De forma interna, afeta diretamente a confiabilidade do Estado, o que se projeta no desenvolvimento social, na receita dos países e no crescimento das empresas – independente do seu tamanho. No âmbito externo, a corrupção afeta de modo direto as relações políticas e comerciais dos países. Por isso, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), como organização internacional para o desenvolvimento econômico, organizou uma Conferência sobre o tema, em especial o suborno, em 1997.

Segundo a Organização, o suborno é um "fenômeno espalhado nas transações comerciais internacionais, que traz sérios problemas morais e políticos". Considerando isso e que "todos os países compartilham a responsabilidade de combater o suborno nas transações internacionais", a Convenção prestou-se a trazer as ofensas relacionadas ao suborno, bem como as sanções e a jurisdição aplicáveis. Assim, o artigo 1º apontou que os países

> "devem tomar as medidas cabíveis para estabelecer que é uma ofensa criminal o oferecimento, promessa ou entrega de qualquer vantagem, pecuniária ou não, a um oficial público estrangeiro, seja direta ou indiretamente, para que esse não aja conforme os seus deveres com o objetivo de obter vantagens no comércio internacional".

Dessa forma, as nações signatárias puderam estabelecer suas legislações à luz do convencionado na OCDE.

Com isso em mente, entende-se que, a partir do momento que a adequação ao FCPA e ao *UK Bribery Act* é uma exigência para pactuação de um contrato internacional, a não submissão dos micro e pequenos exportadores a essas normas implica a abdicação de ser fornecedor ou prestador. Como consequência, há a redução do faturamento da empresa e de sua competitividade no comércio exterior, a não ampliação dos mercados e uma menor diversificação da demanda. Para o Brasil, isso resulta na redução do PIB e da

participação do país no comércio internacional. Por outro lado, a implementação de um programa de compliance a esses normativos implica elevados custos às empresas, visto que é necessária a mudança da cultura da empresa e adequação de seus procedimentos internos a essas normas. Assim, esse artigo busca trazer as vantagens e desvantagens do transplante do FCPA e *UK Bribery Act* para os micro e pequenos empresários brasileiros, o que possibilita a exportação para os referidos países e, consequentemente, a inclusão nas cadeias de valor globais.

Como primeiro ponto, serão trazidas três importantes normas anticorrupção para o comércio internacional das pequenas e médias empresas brasileiras (MPEs), quais sejam (i) *The Foreign Corrupt Practices Act*, dos Estados Unidos, (ii) *UK Bribery Act*, do Reino Unido, e (iii) Lei Anticorrupção Brasileira. Em seguida, será realizada uma análise das exportações das micro e pequenas empresas brasileiras e do custo para implementação dos programas de compliance previstos internacionalmente.

## 2. Legislação anticorrupção ao redor do mundo e as semelhanças e diferenças entre elas

Essa seção se presta a analisar as principais características das legislações antissuborno existentes nos Estados Unidos, Reino Unido e Brasil. Busca-se obter um panorama geral desses normativos, de modo a identificar a sua abrangência, ou seja, quais as condutas e pessoas que podem ser investigadas e penalizadas e as sanções cabíveis. A primeira legislação a ser estudada será o *The Foreign Corrupt ACT* (FCPA), dos Estados Unidos, seguido do *UK Bribery Act*, do Reino Unido, e da Lei 12.846/2013, em vigor no Brasil. Depois, será realizada uma análise comparativa entre elas, de modo a identificar quais características mais influenciam as micro e pequenas empresas.

### 2.1. The *Foreign Corrupt Practices act* (FCPA) e a sua aplicação às micro e pequenas empresas brasileiras

A legislação norte-americana quanto ao suborno de agentes estrangeiros é o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), de 1977, criado antes mesmo da mencionada

Convenção contra o Suborno da OCDE. Serão trazidos os aspectos gerais dessa legislação e sua relação com a convenção da OCDE.

O normativo possui duas faces, o antissuborno e a contabilidade.[1] A primeira delas é a que impede a atuação corrupta, ou seja, o oferecimento ou entrega de qualquer vantagem a oficiais estrangeiros. Já a segunda se insere na necessidade de os emissores (tradução livre de "*issuers*") possuírem e manterem os registros de todas as transações internacionais. Importa trazer que não há punição penal pela ausência de desses documentos, exceto se conscientemente não o fizer.[2]

Na face anticorrupção, há três grandes grupos de atos coibidos a depender do agente que o realiza. O primeiro é relacionado aos (i) "emissores", o segundo aos (ii) "agentes domésticos" e o terceiro aos (iii) indivíduos que não se enquadram nessas categorias. Os emissores são aqueles que devem manter os registros contábeis ou que tenham ações registradas.[3] Os agentes domésticos são qualquer pessoa física que é cidadão ou residente dos Estados Unidos ou pessoa jurídica cujo estabelecimento principal é nos Estados Unidos ou que seja constituído de acordo com as leis americanas. Dessa forma, os indivíduos que não se enquadram nas duas primeiras situações são pessoas físicas estrangeiras ou jurídicas organizadas sob a lei de outro país.[4] Ou seja, pode-se dizer que o FCPA se refere a qualquer pessoa – física ou jurídica que tenha algum

[1] STEVENSON, Drury D. e WAGONER, Nicholas J. **FCPA Sanctions: Too Big to Debar?**, 80 **Fordham L. Rev.** 775, 2011. Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol80/iss2/13. Acesso em 10 de julho de 2021

[2] USA. **FCPA**, 1977: "§ 78m. Periodical and other reports. (4) No criminal liability shall be imposed for failing to comply with the requirements of paragraph (2) of this subsection except as provided in paragraph (5) of this subsection. (5) No person shall knowingly circumvent or knowingly fail to implement a system of internal accounting controls or knowingly falsify any book, record, or account described in paragraph (2)".

[3] FCPA § 78dd-1 (a)

[4] FCPA, § 78dd-3 (f)

grau de conexão com os Estados Unidos[5] e não se restringe à relação privada, pois necessita de entidades ou funcionário públicos para enquadramento do ato.[6]

Apesar dessa abrangência, a lei possui uma exceção nas três situações: a ação governamental de rotina. Assim, a legislação permite, por exemplo, realizar pagamentos relacionados à qualificação de negócios em outros países, processar ordens de documentos e vistos governamentais, prover proteção policial e serviço telefônico. No entanto, como apontado por Stevenson e Wagoner, essa exceção não acoberta decisões discricionárias realizadas por oficiais estrangeiros.[7]

O FCPA demanda uma responsabilidade subjetiva, ou seja, é necessário comprovar a culpa do agente. Uma vez comprovada, o infrator poderá sofrer sanções civis, pecuniárias e penais, a depender do agente e da infração. Às pessoas físicas, é possível impor até US$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares) ou prisão de até 20 (vinte) anos. Já às pessoas jurídicas, o valor pode chegar até a US$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de dólares). Ademais, é possível que a empresa seja impedida de realizar contratos com o governo norte-americano.[8] Sobre esse último ponto, cabe esclarecer que a punição não é totalmente coordenada com o FCPA, porque qualquer agência norte-americana pode impor essa sanção, vinculando as demais agências.[9]

Por fim, é importante trazer a relação com a convenção da OCDE sobre o tema. Alguns autores apontam que a legislação americana ganharia força a partir de um

[5] APPOLON, Garrick. FCPA Compliance Should Not 'Cost an Arm and a Leg': Assessing the Potential for Enhanced Cost-Efficiency and Effectiveness for an Anti-Corruption Compliance Program with the Implementation of an Enterprise Legal Risk Management Framework, 5 **PENN. ST. J.L. & INT'L AFF**. 486, 2017. Disponível em: https://elibrary.law.psu.edu/jlia/vol5/iss2/10. Acesso em 10 de julho de 2021:"FCPA applies to any person who has a certain degree of connection to the United States and engages in foreign corrupt practices".

[6] GIN, Camila de Moura. **Uma breve análise sobre a legislação anticorrupção no mundo**. XI Seminário Nacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2016. p. 10.

[7] STEVENSON, Drury D. e WAGONER, Nicholas J. FCPA Sanctions: Too Big to Debar?, **80 Fordham L. Rev**. 775, 2011. p. 793, Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol80/iss2/13. Acesso em 10 de julho de 2021

[8] GIN, Camila de Moura. **Uma breve análise sobre a legislação anticorrupção no mundo. XI Seminário Nacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea**, 2016. p. 11

[9] TILLIPMAN, Jessica. The foreign Corrupt Practices Act & Government Contractors: Compliance Trends & Collateral Consequences. **Briefing Papers** (Thomson West), nº 11-9, 2011. p. 10.

instrumento multilateral que permitisse a condenação de empresas estrangeiras[10], papel esse exercido pela Convenção antissuborno da OCDE. Isso porque a organização transformou a luta contra a corrupção como princípio basilar e requereu assistência transnacional sobre a questão. A consequência desse contexto nos Estados Unidos foi o crescimento exorbitante de casos de investigação antissuborno. Por exemplo, como apontam Brewster e Buell, as dez maiores aplicadas em 2017 são mais que o dobro que as dez maiores multas entre 1977 e 1996.[11]

Em suma, a legislação norte-americana antissuborno é mais antiga que a Convenção da OCDE sobre essa questão. No entanto, foi por ela fortalecida, uma vez que consolidou a possibilidade de agentes estrangeiros serem penalizados pelas atitudes realizadas nos Estados Unidos. É nesse contexto que se inserem as pequenas e médias empresas brasileiras, pois devem se adaptar à legislação americana para efetivamente comercializarem com o governo americano. Afinal, uma vez que a penalidade pode ser a proibição de contratar com a Administração Pública e que as eventuais multas são altas, a adequação se mostra necessária.

### 2.2. *UK Bribery Act* e as micro e pequenas empresas

Como apresentado, a Convenção da OCDE antissuborno orientou os países signatários a criarem medidas efetivas para combater a corrupção. Para tanto, foi criado um grupo de estudo para monitorar periodicamente a adequação da legislação dos Estados com a Convenção. Com relação ao Reino Unido, a Organização entendeu que a legislação britânica não cumpria com o estabelecido pela Convenção[12], o que gerou a necessidade de uma nova lei que pudesse satisfazer o convencionado. O resultado foi a *UK Bribery Act*, de 2010. Sobre esse normativo, serão exploradas as principais suas infrações, bem

[10] BREWSTER,Rachel e BUELL, Samuel W. **The Market for Global Anticorruption Enforcement**, 80 L. & CONTEMP. PROBS. 193, 2017.

[11] Id. Ib.

[12] OECD, UNITED KINGDOM. Phase 2bis report on the application of the convention on cambating bribery of foregn public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions 4, 2008. Disponível em http://www.oecd.org/dataoecd/23/20/41515077.pdf. esso em 10 de julho de 2021:

como suas penalidades e sua abrangência. Por fim, serão trazidos os princípios que norteiam a sua aplicação.

O *UK Bribery Act* considera condenáveis a corrupção passiva e ativa. Ou seja, serão submetidos à legislação britânica os agentes que oferecem e pagam valores a alguém, bem como aqueles que recebem ou solicitam os valores.[13] Ademais, a legislação também condena as empresas que falharem em prevenir a corrupção. Importante ressaltar que não são apenas valores monetários, mas qualquer vantagem. Entre essas condutas corruptas, algumas se endereçam às empresas e outras aos oficiais, como será demonstrado.

> No aspecto particular, a legislação se aplica às pessoas físicas submetidas à legislação britânica mesmo que atuem fora do Reino Unido[14]. Quanto às pessoas jurídicas, a legislação abarca tanto as empresas britânicas quanto as companhias que realizam transações com o Reino Unido ou que estão estreitamente conectadas com o país[15]. Sobre isso, visto que o presente artigo se presta a analisar as vantagens e desvantagens de incorporar essa legislação às pequenas e médias empresas, é necessário trazer o conceito de "Organização Comercialmente Relevante", apresentado na Seção 07 da legislação britânica. Esse conceito não faz referência ao tamanho da companhia, mas às transações que ela realiza, conforme trazido pelo próprio ato: "'Organização comercialmente relevante' significa (a) uma organização que incorpora a lei de qualquer parte do Reino Unido e que possui algum negócio (sendo lá ou em qualquer outro lugar), (b) qualquer corporação (incorporada em qualquer lugar) que possua negócio ou parte de negócio em qualquer parte do Reino Único, (c) a parceria formada na lei em qualquer parte do Reino Unido e que possua

[13] BEAN, Bruce W. e MACGUIDWIN. Unscrewing the Inscrutable: The UK Bribery Act 2010, **Indiana International and Comparative Law Review**, 2012. p.73.

[14] Id. Ib. p. 84.

[15] DUNN, Gibson. **2010 year-end FCPA update**, 2011. Disponível em: http://www.gibsondunn.com/publications/pages/2010Year-EndFCPAUpdate.aspx Acesso em 10 de julho de 2021:

> algum negócio (sendo lá ou em qualquer outro lugar) ou (d) qualquer outra parceria (independente do local de formação) que possua negócios ou parte de negócios em qualquer região do Reino Unido." (tradução livre)

Infere-se, então, que as pequenas e médias empresas do Brasil também podem ser abrangidas pela legislação britânica. Ademais, há autores que sinalizam que as pequenas empresas possuem maior risco diante do *UK Bribery Act*, vez que a legislação condena os associados com as empresas, e elas tendem a buscar maior consultoria e assistência para realizar transações internacionais.[16] Importa trazer que, na visão do Ministério da Justiça britânico, pequenas empresas tendem a possuir menores riscos em relação às grandes empresas, e, portanto, seus procedimentos antissuborno seriam mais simples.[17]

Mas, além do âmbito privado (referente às pessoas físicas e jurídicas), o *UK Bribery Act* de 2010 também pode penalizar agentes públicos, como prevê a Seção 6 (suborno de oficiais públicos estrangeiros) e Seção 07 (falhas das organizações comerciais em prevenir o suborno). Veja, visto que a legislação condena a corrupção passiva, não haveria óbice em condenar os agentes públicos que receberam suborno das empresas. Conclui-se que a abrangência da legislação antissuborno britânica percorre pessoas jurídicas e físicas, privadas e públicas, britânicas e estrangeiras.

O Ministério da Justiça britânico, com vistas a auxiliar na implementação dos procedimentos anti-corrupção, em especial os que previnem o suborno por pessoas associadas às empresas, trouxe 6 (seis) princípios guias:

> (i) Procedimentos proporcionais: A visão do Ministério da Justiça é de que a extensão dos procedimentos antissuborno está

[16] TRAUTMAN, Lawrence J. e ALTERNBAUMER-PRICE, Kara. Lawyers, Guns and Money: the Bribery Problem and the UK Bribery Act, **47 Int'l L** 481, 2013. Diponível em: https://scholar.smu.edu/til/vol47/iss3/7p. 503. Acesso em 10 de julho de 2021:

[17] Ministry of Justice. **UK Bribery Act Guidance**. Disponível em: justice.gov.uk. p. 21.

diretamente ligada ao risco que essas empresas estão sujeitas. Para definir esse ponto, devem ser considerados o tamanho da empresa, a complexidade dos seus negócios e natureza das pessoas associadas a elas; uma vez feita essa análise, os procedimentos devem buscar assegurar meios práticos e realistas para conseguir os objetivos de combate à corrupção estabelecidos pela empresa;

(ii) Alto grau de engajamento: Entende-se que as pessoas encarregadas da liderança da empresa (Conselho de Diretoria, sócios e similares) devem estar engajadas em prevenir a corrupção, ou seja, devem adotar uma cultura que demonstre que o suborno é inaceitável. Para tanto, deve-se considerar comunicação efetiva e grau apropriado de envolvimento e desenvolvimento de procedimentos de prevenção ao suborno; Em pequenas empresas, o Ministério da Justiça ressalta que os administradores devem estar pessoalmente envolvidos em iniciar, desenvolver e implementar essa política;

(iii) Avaliação de riscos: De forma periódica e documentada, a empresa analisa os potenciais riscos internos e externos relacionados à corrução. Com essa análise de risco, as empresas podem alocar os esforços anticorrupção de uma forma mais efetiva. Os riscos analisados são: nacional, setorial, transacional, de oportunidade, de parcerias.

(iv) Auditoria: Esse princípio, além de uma avaliação de risco, é uma forma de mitigá-lo. Seu propósito é incentivar as organizações a estruturarem auditorias que considerem a aplicação de medidas proporcionais para prevenir o suborno, considerando também o nível de risco das organizações.

(v) Comunicação: A organização deve garantir que as políticas de prevenção ao suborno estão incorporadas e compreendidas por todos os agentes. Os procedimentos relacionados à comunicação variam de acordo com os riscos enfrentados, o tamanho da empresa, além da escala e natureza das atividades.

Importante ressaltar que o treinamento também está incluído nesse princípio;

(vi) Monitoramento e atualização: Considerando que toda a análise para implementação dos procedimentos antissuborno são específicas para cada empresa, é necessário que sejam avaliados e confirmados frequentemente. Esse princípio, portanto, sinaliza a necessidade de monitorar se houve alguma mudança na avaliação de risco ou, por exemplo, a efetividade dos procedimentos já implementados.

Diante disso, passa-se às penalidades cabíveis aos agentes enquadrados nas práticas de anticorrupção. Elas são trazidas na Seção 11 da legislação, divididas de acordo com a ofensa praticada e podem alcançar 10 (dez) anos de prisão ou multa com valor não estabelecida no normativo.

Por todo o exposto, vê-se que o *UK Bribery Act* é uma resposta britânica à Convenção antissuborno da OCDE. A legislação abarca condutas ativas e passivas de corrupção, bem como pode condenar pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangerias (desde que tenham alguma conexão com o Reino Unido), além de prever sanções civis e penais.

### 2.3. Lei anticorrupção brasileira e as micro e pequenas empresas

A Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) foi editada após a Convenção antissuborno da OCDE. Assim, buscou assimilar o que a Organização trouxe para o combate ao suborno no Brasil. Essa lei não é uma substituição dos normativos já existentes sobre o tema, mas uma adição àquelas leis, por exemplo, o Código Penal e a Lei de Improbidade Administrativa.[18] Dito isso, serão apresentadas as principais ofensas trazidas na legislação, além da sua abrangência e as sanções propostas.

[18] JUSTEN FILHO, Marçal. **A "Nova" Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846).** Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 82, dezembro de 2013. Disponível em http://www.justen.com.br/informativo. Acesso em 10 de julho de 2021:

O normativo "dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira". O artigo 5º elenca, então, quais são os atos considerados lesivos à luz da r. legislação. Em suma, são 5 (cinco) ofensas: (a) prometer, oferecer ou dar vantagem indevida à agente público, (b) financiar, custear ou patrocinar prática ilegal prevista nessa lei, (c) utilizar pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular reais interesses, (d) fraudar ou obter vantagem em licitação e (e) dificultar a atividade e fiscalização dos órgãos.[19] Vê-se, então, que a legislação brasileira abarca apenas a corrupção ativa, ou seja, não são responsabilizados os agentes que receberam o suborno, mas apenas os que buscam obter vantagem por meio da prática em questão.

Apesar disso, é importante trazer que há discussões quanto ao rol de ofensas ser taxativo ou exemplificativo. Segundo os autores Rogério Sanches Cunha e Renee Souza, o rol é exemplificativo, de forma que a lei pode ser "aplicada em qualquer caso em que se nota ato praticado para beneficiar a empresa antiética".[20] Os autores justificam essa interpretação à luz da interpretação do direito administrativo, que não demanda uma tipicidade específica. Ainda, o normativo não se limita às práticas realizadas no Brasil, pois o bem jurídico tutelado é a administração pública nacional ou estrangeira, conforme

[19] Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º , que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público: b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

[20] CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee. **Lei Anticorrupção Empresarial**, Ed. JusPodium, 3ª ed., 2020. p. 57.

trazido no artigo 1º: "Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira".

Tal dispositivo, no parágrafo único, também aponta quais as espécies de pessoas jurídicas abarcadas pela Lei 12.846/2013 e demonstra que o tamanho da empresa não é limitante para seu enquadramento nas práticas de suborno. Ademais, percebe-se que a empresa não precisa ser nacional, pois basta que tenha sede, filial ou representação no país, conforme parágrafo único do artigo 1º.[21] Nessa seara, são responsabilizadas as empresas brasileiras que pratiquem atos de corrupção no território nacional e no exterior, além de suas controladas, controladoras e coligadas.[22]

Apesar de a responsabilização ser possível a diversas pessoas jurídicas, a Lei Anticorrupção não versa sobre a corrupção privada. Ou seja, o normativo não abrange os atos corruptos praticados em negócios privados, mas apenas aqueles que têm a participação de servidores públicos.[23]

Ainda sobre a responsabilização, a lei prevê uma responsabilização objetiva das pessoas jurídicas. Isso significaria que não é necessário comprovar o dolo na ação para que ela seja responsabilizada. Marçal Justen Filho analisa essa questão à luz da responsabilização das pessoas físicas, que deve ser subjetiva. Segundo o autor, a previsão de responsabilidade subjetiva significa que a empresa será penalizada na medida em que o agente infrator tiver alguma relação com ela. Assim, a lei impõe um dever de diligência

[21] Artigo 1º, parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

[22] JUSTEN FILHO, Marçal. **A "Nova" Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846).** Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 82, dezembro de 2013, disponível em http://www.justen.com.br/informativo, acesso em maio de 2021.

[23] CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee. **Lei Anticorrupção Empresarial**, Ed. JusPodium, 3ª ed., 2020. p. 54.

para que as empresas busquem impedir que os seus agentes pratiquem infrações, pois se presume que a atitude corrupta advém de defeitos organizacionais e gerenciais.[24]

Considerando o conhecimento quanto à abrangência do normativo, a última questão a ser tratada são as penalidades aplicáveis. O artigo 6º da Lei Anticorrupção aponta que as sanções aplicáveis são multa e publicação extraordinária da decisão condenatória. Outra sanção cabível, expressa no artigo 14, é a desconsideração da personalidade jurídica se utilizada com abuso de direito a fim de permitir ou facilitar a prática dos atos previstos no normativo. Não há previsão expressa do valor pecuniário que deve ser pago pelas empresas condenadas, mas apenas a porcentagem aplicável entre "0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo".

A definição do montante levará em conta os seguintes aspectos e não será inferior à vantagem obtida:

> "Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; III - a consumação ou não da infração; IV - o grau de lesão ou perigo de lesão; V - o efeito negativo produzido pela infração; VI - a situação econômica do infrator; VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações; VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica; IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados;"

Conclui-se que a Lei Anticorrupção foi a medida adotada pelo Brasil em face da Convenção Antissuborno da OCDE, mas não revoga os demais normativos sobre o

[24] JUSTEN FILHO, Marçal. **A "Nova" Lei Anticorrupção Brasileira (Lei Federal 12.846)**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 82, dezembro de 2013, disponível em http://www.justen.com.br/informativo, acesso em maio de 2021.

assunto. A legislação abarca várias espécies de pessoas jurídicas, de forma que as pequenas e médias empresas podem ser enquadradas e punidas por meio das sanções previstas no artigo 6º.

## 2.4. Diferenças entre as legislações anticorrupção americana, britânica e brasileira

Após uma análise individual de cada normativo, será realizada um exame comparativo, de modo a subsidiar a conclusão da presente pesquisa, quanto às vantagens e desvantagens de as pequenas e médias empresas brasileiras aderirem às legislações internacionais antissuborno e, consequentemente, poderem comercializar com os Estados Unidos e com o Reino Unido. Será dada ênfase nas diferenças entre as legislações, mas é importante ressaltar que os normativos possuem pontos de conexão entre si, o que será trazido ao final. De forma didática, as leis podem ser divididas em três grandes categorias: ofensas, abrangência e sanções.

(i) Ofensas: Sobre essa questão, é importante ressaltar que a corrupção ativa é penalizada em todas as legislações estudadas. Já a corrupção passiva – ou seja, receber ou pedir vantagem – e a falha em prevenir o suborno são questões apenas diante do *UK Bribery Act*. O FCPA também possui uma ofensa inédita: a ilegalidade da não manutenção de documentos contábeis de forma consciente. Por fim, ressalta-se que o FCPA penaliza apenas pessoas que agem de forma dolosa, enquanto o *UK Bribery Act* e a Lei Anticorrupção prevêem a responsabilização objetiva. Importante destacar que, no âmbito brasileiro, a responsabilidade é objetiva para as empresas, mas subjetiva para os dirigentes e administradores das empresas, o que se estende às pessoas físicas estranhas aos quadros das pessoas jurídicas penalizadas, como aponta Magalhães.[25]

[25] MAGALHÃES, João Marcelo Rego. **Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei nº 12.846/2013).**

(ii) Abrangência: Há equivalência entre os aspectos de abrangência, visto que todas as legislações se aplicam para (a) atos praticados fora do país em questão, (b) pessoas físicas e jurídicas, (c) nacionais ou estrangeiras com vínculo no país e (d) pequenas e médias empresas.

(iii) Sanções: Entende-se que essa questão é a mais controversa e significativa para a escolha dos agentes em implementar ou não as regras dispostas na legislação antissuborno de cada nação. Por isso, é importante trazê-las de forma mais detalhada:

a. Brasil: Há previsão de multa entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo. Essa multa deve ser superior à vantagem negociada. Os critérios de estabelecimento estão previstos em lei e consideram, por exemplo, a vantagem auferida, o dano causado e a existência de programas internos de integridade. Quanto às punições penais, a Lei Anticorrupção é inerte, porém há em outras legislações brasileiras a questão. Por fim, prevê-se a publicação extraordinária da decisão administrativa em meio de comunicação de grande circulação visando a publicização da condenação.

b. Estados Unidos: As pessoas americanas podem ser condenadas em até US$10.000,00 (dez mil dólares). Se forem oficiais, diretor, empregado ou agente doméstico, a multa é de até US$100.000,00 (cem mil dólares) ou prisão de até 5 (cinco) anos. As pessoas jurídicas podem sofrer sanções de até US$25.000.000,00. As pessoas que não se enquadram em nenhuma dessas definições podem ser multadas em até US$5.000.000,00 (cinco milhões de dólares) e presas por até 20 (vinte) anos. Em relação à falha em entregar informações e documentos, é possível multa

de US$100 (cem dólares) por dia. Ressalta-se que as empresas também podem ser proibidas de contratar com a Administração Pública.

c. Reino Unido: As punições são divididas de acordo com a ofensa cometida. Assim, oferecer suborno para indivíduo ou oficial estrangeiro e receber a vantagem ocasiona prisão de até 12 (doze) meses e/ou multa inferior ao estabelecido no ordenamento britânico, quando decisão sumária; em caso de sentença ou indiciamento, a prisão é de até 10(dez) anos e/ou multa; se se trata de pessoa jurídica cometendo o ilícito ou houver falha em prevenir o suborno, a sanção é apenas de multa.

Pelo exposto, percebe-se que as pequenas e médias empresas estão sujeitas às punições das três legislações apresentadas. Ou seja, é necessário adequar-se aos mecanismos para obter segurança nas transações internacionais. De forma comparativa, as maiores diferenças estão nas ofensas, visto que algumas são inéditas no ordenamento internacional e as sanções, cujos valores são diversos entre si, além de existirem previsões acerca de penalidades penais e administrativa na legislação britânica e americana.

**Figura 1 – Semelhanças e diferenças entre as legislações**

| | Semelhanças | Diferenças |
|---|---|---|
| | **Ofensas:** Corrupção ativa<br><br>**Abrangência:** (a.) atos praticados fora do país em questão, (b.)pessoas físicas e jurídicas, (c.) nacionais ou estrangeiras com vínculo no país e (d.)pequenas e médias empresas. | **Ofensas:** FCPA considera a responsabilidade subjetiva e a Lei Anticorrupção considera a responsabilidade objetiva<br><br>**Punições:** No FCPA, multas de até $5.000.000,00 a depender do infrator e prisão de até 20 anos. Na Lei Anticorrupção, multa entre 0,1% a 20% do faturamento da empresa |

| | Semelhanças | Diferenças |
|---|---|---|
| | **Ofensas:** Corrupção ativa, responsabilização objetiva<br><br>**Abrangência:** (a.) atos praticados fora do país em questão, (b.)pessoas físicas e jurídicas, (c.) nacionais ou estrangeiras com vínculo no país e (d.)pequenas e médias empresas. | **Ofensas:** UK Bribery Act penaliza a corrupção passiva;<br><br>**Punições:** No UK Bribery Act, prisão de até 10 anos e multa indeterminada a depender da infração. Na Lei Anticorrupção, multa entre 0,1% a 20% do faturamento da empresa |

Fonte: Elaboração das autoras.

## 3. Pequenas e médias empresas brasileiras exportadoras e o *compliance* ao FCPA e ao *UK Bribery Act*

Para a continuidade da análise do tema objeto da presente pesquisa, faz-se necessário delimitar quais negócios se enquadram nas categorias de micro e pequenas empresas. Assim, na presente seção, serão abordados (i) os principais critérios para classificação das micro e pequenas empresas no Brasil, (ii) a participação desses tipos de

negócios nas exportações brasileiras, (iii) os custos de adequação desses empreendimentos aos diplomas anticorrupção americano, britânico e brasileiro, bem como, por fim, (iv) as vantagens e desvantagens dessa adequação.

### 3.1. Pequeno exportador: delimitação no Brasil nos termos da lei complementar (LC) n. 139/2011

Não há um consenso quanto à classificação dos negócios de acordo com a sua dimensão, mas existem alguns critérios que são usualmente adotados, apresentados a seguir.

A Lei Complementar (LC) n. 139/2001[26] alterou a LC n. 123/2003[27] – Lei do Simples Nacional[28] –, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, para atualizar os valores de classificação do porte dos negócios, conforme a receita bruta anual. De acordo com tal diploma, são consideradas microempresas a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário previsto no art. 966[29] do Código Civil (CC) que aufiram, em um ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Por sua vez, a empresa de pequeno porte possui receita bruta anual superior a esse valor e igual ou inferior a R$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) .[30]

---

[26] BRASIL. **Lei Complementar 139, de 10 de novembro de 2011**. Altera dispositivos da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp139.htm. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[27] BRASIL. **Lei Complementar 126, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[28] O Simples Nacional consiste em um regime tributário diferenciado cuja função é diminuir o peso dos impostos incidentes sobre os pequenos negócios brasileiros. SEBRAE. Os impactos do Simples Nacional. Relatório Especial. Julho de 2017. Disponível em: https://datasebrae.com.br/documentos/. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[29] BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**: "Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços."

[30] BRASIL. **Lei Complementar 139, de 10 de novembro de 2011**. Altera dispositivos da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp139.htm. Acesso dem 10 de julho de 2021.

A Resolução 59/1998 do Grupo Mercado Comum (GMC), o Mercosul, que prevê políticas de apoio às micro e pequenas empresas dos países integrantes do bloco, define esses empreendimentos de acordo com um critério quantitativo e outro qualitativo.[31]

O critério quantitativo possui como parâmetros o pessoal ocupado e o faturamento anual, de modo que o segundo prevalece sobre o primeiro. Por sua vez, o critério qualitativo estabelece que as MPEs não deverão ser controladas por outra empresa ou pertencer a grupo econômico cujo faturamento, em conjunto, ultrapasse os valores que as definem.[32]

O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) também utiliza, como parâmetro, além do critério da receita auferida, o pessoal ocupado na empresa. Segundo essa classificação, consistem em microempresas, no ramo do comércio e serviços, os negócios com até 9 (nove) pessoas ocupadas e, no setor das indústrias, aqueles com até 19 (dezenove) pessoas ocupadas. As pequenas empresas, segundo esse critério, possuiriam, nos dois setores mencionados, respectivamente, entre 10 (dez) a 49 (quarenta e nove) e entre 20 (vinte) a 99 (noventa e nove) pessoas ocupadas.[33]

Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) não adota nenhum parâmetro específico para delimitação das micro e pequenas empresas e emprega, em suas pesquisas, o critério da receita bruta anual, o da quantidade de pessoas ocupadas e, também, o da atuação em mais de uma Unidade da Federação (UF).[34]

---

[31] MERCOSUL. **MERCOSUL/GMC/RES n. 59/98**. Políticas de apoio a micro, pequenas e médias empresas do Mercosul – Etapa II. Disponível em: http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Resolutions/Res5998p.asp. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[32] Id. Ib.

[33] SEBRAE. **A Participação da Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**, julho de 2014. Disponível em: https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[34] CARVALHO, Kátia C. Medeiros de, GUIMARÃES, Andrea Bastos de D., PAIXÃO, Luiz Andrés Ribeiro, **Micro, pequenas e médias empresas: conceitos e estatísticas**. Boletim RADAR n. 55, 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/radar/temas/industria/699-micro-pequenas-e-medias-empresas-conceitos-e-estatisticas#:~:text=O%20artigo%20Micro%2C%20pequenas%20e,de%20Andr%C3%A9a%20Bastos%2

No presente estudo, serão consideradas as micro e pequenas empresas de acordo com a classificação prevista na LC n. 139/2011, a qual adota como parâmetro o faturamento anual.

### 3.2. As micro e pequenas empresas nas exportações brasileiras

De acordo com o SEBRAE, as micro e pequenas empresas enfrentam algumas dificuldades para a sua atuação e inserção nas cadeias de valor globais. Esses obstáculos estão relacionados, principalmente, à capacidade de gestão de firma, à necessidade de atualização tecnológica, à adequação do produto ao mercado externo e, inclusive, à adequação às normas e certificações internacionais, entre outros.[35]

Apesar disso, houve um aumento no número de empresas exportadoras brasileiras, de 2015 a 2016, fenômeno que pode ser explicado, em parte, pelo câmbio mais favorável em comparação a 2014. Nesse período, quase 2.900 (duas mil e novecentas) empresas ingressaram na base exportadora do país, o que representou um aumento de 15,4% (quinze inteiros e quatro décimos por cento) em relação ao ano anterior. Não obstante o cenário global ter sido muito mais favorável às empresas de maior porte, as micro e pequenas empresas também se inserem nesse contexto.[36]

Em 2017, 8.863 (oito mil, oitocentos e sessenta e três) micro e pequenas empresas integraram a base de exportação brasileira, o que constitui 44% (quarenta e quatro por cento) das empresas exportadoras do país. Por outro lado, o valor exportado não acompanhou o crescimento do número de MPEs exportadoras, o que significa que o montante médio vendido ao exterior por essas empresas reduziu. No período, essas

---

0da%20S.&text=Concluem%20que%20a%20classifica%C3%A7%C3%A3o%20por,do%20universo%20das%20pequenas%20empresas. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[35] SEBRAE. **Os desafios no comércio exterior para micro e pequenas empresas**, 2013. Disponível em: https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/os-desafios-do-comercio-exterior-para-as-pequenas-empresas,f95a634e2ca62410VgnVCM100000b272010aRCRD. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[36] FONSECA, Paulo Jorge de Paiva. **As micro e pequenas empresas na exportação brasileira**. Brasil: 2009-2017. Brasília: SEBRAE, 2018. Disponível em: https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2018/11/As-Micro-e-Pequenas-Empresas-nas-Exporta%C3%A7%C3%B5es-Brasileiras-2009-2017-Brasil-VF.pdf. Acesso dem 10 de julho de 2021.

exportações consistiam em cerca de 0,5% (meio por cento) da totalidade da atividade exportadora do país.[37]

O percentual sobre o montante total exportado se repetiu em 2020, quando as MPEs representavam 41% (quarenta e um por cento) das cerca de 22 (vinte e duas) mil empresas exportadoras brasileiras.[38]

Quanto ao destino, as vendas se concentraram nos Estados Unidos/Canadá, na União Europeia e no Mercosul, em 2016, e, quanto à intensidade tecnológica, centralizaram-se em produtos de baixa ou de média-baixa tecnologia. Os bens de alta tecnologia representaram o mínimo das exportações (4,1%)[39].

Nesse ano, em que o valor exportado pelas MPEs teve uma recuperação em relação aos anos anteriores, havia, no Brasil, cerca de 8.249 (oito mil, duzentos e quarenta e nove) micro e pequenas empresas exportadoras que venderam para o exterior um valor médio de US$ 127.000,00 (cento e vinte e sete mil dólares), enquanto as médias e grandes empresas exportaram cerca de U$14.429.000,00 (quatorze milhões, quatrocentos e vinte e nove mil dólares).[40]

Vê-se, portanto, que, ainda que constituam um percentual significativo das empresas exportadoras do país, no que diz respeito ao valor das exportações, as médias e grandes empresas ainda protagonizam a base exportadora brasileira.

### 3.3. Os custos da adequação das MPES ao FCPA e ao *UK Bribery Act*

Ainda que a presença de um programa de *compliance* reduza possíveis condenações por atos de corrupção – cuja aplicação será, muitas vezes, em moeda estrangeira, tendo em vista a inserção dessas empresas nas cadeias de valor globais –, a

[37] Id. Ib. p. 16.

[38] SEBRAE. **Mercado internacional é um desafio para pequenos negócios**, 2020. Disponível em: http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/mercado-internacional-e-desafio-para-pequenos-negocios,ea08076d73eb5710VgnVCM1000004c00210aRCRD. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[39] FONSECA, Paulo Jorge de Paiva. **As micro e pequenas empresas na exportação brasileira**. Brasil: 2009-2017. Brasília: SEBRAE, 2018, p. 21. Disponível em: https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2018/11/As-Micro-e-Pequenas-Empresas-nas-Exporta%C3%A7%C3%B5es-Brasileiras-2009-2017-Brasil-VF.pdf. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[40] Id. Ib. pp. 19 e 20

implementação e manutenção da efetividade desses programas implica custos elevados às empresas.

Quando o transplante de normas estrangeiras é colocado como condição para uma contratação internacional, por vezes, será necessária a realização de um *trade-off* pela empresa, o qual envolve assumir esses custos, ter parte da sua receita consumida e firmar o negócio ou não os assumir e, consequentemente, não pactuar o contrato.

A esse respeito, Martin expõe que as margens de lucro são cada vez mais estreitas e os recursos mais limitados. Esses recursos são consumidos, em parcela considerável, quando a empresa decide pela adoção de um programa de adequação. No que diz respeito ao *compliance* às normas norte-americanas, os gastos são ainda mais elevados, segundo o autor, em decorrência da natureza intrusiva desse sistema legal, a qual resulta na incorporação de uma série de riscos ao programa.[41]

Conforme exposto no capítulo anterior, existem algumas diferenças entre os diplomas anticorrupção americano, britânico e brasileiro. Diversamente da Lei Anticorrupção brasileira, o *UK Bribery Act* incorpora a punição aos atos de corrupção passiva, bem como a falha em prevenir o suborno. A norma norte-americana, por sua vez, propõe uma análise mais rigorosa dos registros contábeis das empresas, o que implica a necessidade de realização de auditorias para exame da questão.

A despesa envolvida, na sua implementação, consiste em um gasto imediato para a empresa, pois a adoção de qualquer programa demandará, primeiramente, a contratação de advogados experientes. Além disso, implica dispêndio de tempo com a escrita de manuais e códigos, com a realização de seminários e treinamentos, com a condução de auditorias, tempo que também tem o seu custo. Soma-se a isso o gasto com os gestores que terão que exercer um papel importante para manter a relevância e efetividade do programa.[42]

---

[41] MARTIN, Jay G. **Implementing Effective Corporate Legal Compliance Programs. Natural Resources & Environment**, vol. 11, no. 4, 1997, pp. 14 e 15. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/nre11&id=224&men_tab=srchresults. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[42] Id. Ib. p. 15.

No caso da adequação das micro e pequenas empresas brasileiras ao FCPA e ao *UK Bribery Act*, será necessária uma assessoria jurídica ainda mais especializada – em comparação à implementação de um programa de *compliance* às normas brasileiras –, uma vez que se tratam de normativos estrangeiros, com exigências diversas.

A OCDE categoriza os custos do *compliance* em (i) custos de implementação, (ii) custos trabalhistas da equipe responsável pela implementação, (iii) custos fixos que envolvem aluguéis, equipamentos da própria empresa e outras despesas utilizadas pela equipe envolvida na implementação, (iv) custos com equipamentos exigidos para a adequação, por exemplo, um maquinário, (v) custos com a troca de insumos utilizados no processo produtivo e (vi) custos com serviços externos.[43]

Segundo a Organização, a realização de uma análise preliminar acerca da escala de custos envolvidos na implementação – se baixa, moderada ou alta – poderá indicar se o programa é realmente necessário e, em caso positivo, a escala apropriada de custos e os métodos que serão utilizados.[44]

Existem alguns passos que são usualmente sugeridos para a implementação de um programa de *compliance*. Como visto, o Ministério da Justiça Britânico, inclusive, elaborou alguns princípios guias para a conformação com o *UK Bribery Act,* quais sejam os procedimentos proporcionais, o alto grau de angajamento, a avaliação de riscos, auditoria, a comunicação e o monitoramento e atualização.[45]

Tanto a categorização da OCDE, quanto o *guideline* do Ministério da Justiça do Reino Unido, sugerem que há uma elevada complexidade e patamar dos gastos e dos procedimentos envolvidos no processo de conformidade de uma empresa. Importa a realização de um balanço, contudo, dos dispêndios envolvidos no *compliance* com os

[43] OCDE. **Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance**, 2014. pp. 17 a 19. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-compliance-cost-assessment-guidance_9789264209657-en#page1. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[44] OCDE. **Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance**, 2014. p. 22. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-compliance-cost-assessment-guidance_9789264209657-en#page1 Acesso dem 10 de julho de 2021.

[45] Ministry of Justice. **UK Bribery Act Guidance**.. p. 21. Disponível em: justice.gov.uk Acesso dem 10 de julho de 2021.

possíveis gastos evitados, a partir da sua adoção, que decorreriam do cometimento de infrações legais.

Sob a ótica da análise econômica do direito, Ferreira, Gonçalves e Queiroz[46] argumentam que a adoção desses programas envolve, portanto, a elevação dos custos de prevenção e, como consequência, a diminuição dos gastos decorrentes da possível prática de um ato de corrupção.

Todavia, não é sempre que o aumento da precaução gerará eficiência. Isso só ocorreria, caso a probabilidade de ocorrência do evento danoso se igualasse a zero – ou caso os custos da implementação do programa se igualassem à redução do gasto com o cometimento de atos de corrupção –, o que não irá ocorrer, pois, conquanto a empresa implemente um programa de *compliance*, ainda haverá possibilidade de ocorrência de ilícitos. Sob esse ponto de vista, não se torna justificável, portanto, um investimento excessivo na implementação de um programa de conformidade.[47]

Outro viés que pode ser adotado para inferência da razoabilidade da implementação de um programa de conformidade consiste na análise de seus custos, frente ao montante máximo das multas previsto nas legislações.

Nesse sentido, o ponto ótimo da adoção do programa deve considerar o valor da multa aplicada, a qual, na lei anticorrupção brasileira, consiste em 0,1% (um centésimo) a 20% (vinte por cento) do faturamento anual da empresa, somada à possibilidade de diminuição da penalidade a partir da adoção do programa, prevista na norma. Portanto, no que diz respeito aos programas de conformidade à lei anticorrupção brasileira, vê-se que não é razoável que a empresa gaste mais de 20% (vinte por cento) de seu faturamento com a implementação.[48]

---

[46] FERREIRA, Bráulio Cavalcanti, GONÇALVES, Everton das Neves, QUEIROZ, Bruna Pamplona de. Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção. **Economic Analysis of Law Review**, V. 9, no 1, 2018, pp. 268 e 269. Disponível em: https://www.proquest.com/openview/605e60b1b9fcb847e9f09e96042676aa/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1226335 Acesso dem 10 de julho de 2021.

[47] Id. Ib. p. 271.

[48] FERREIRA, Bráulio Cavalcanti, GONÇALVES, Everton das Neves, QUEIROZ, Bruna Pamplona de. Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção. **Economic Analysis of Law Review,** V. 9, no 1,

Seguindo a mesma lógica, no caso da adequação ao FCPA, o programa, portanto, não deve custar mais do que U$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de dólares), pois tal valor consiste na multa máxima prevista na lei anticorrupção americana. Um gasto nesse patamar, na verdade, sequer seria factível às micro e pequenas empresas brasileiras, pois ultrapassaria o valor total de seu faturamento anual. Quanto ao *UK Bribery Act*, os custos podem se agravar ainda mais, pois, como visto, a multa prevista na norma é ilimitada.

Cita-se – apenas a título exemplificativo, pois a dimensão das MPEs brasileiras é muito inferior – o elevado gasto com a implementação do programa de *compliance* ao FCPA dispendido pelo *Walmart*, após o escândalo de corrupção que envolveu a empresa, cuja monta foi de pelo menos U$ 439.000.000,00 (quatrocentos e trinta e nove milhões de dólares).[49]

Caso o transplante do *UK Bribery Act* e do FCPA consistam em exigências a serem cumpridas para a contratação internacional, além do valor das penalidades a serem aplicadas pelo cometimento do ato ilícito, outro fator a ser considerado, quando da tomada de decisão acerca da adoção de programas de conformidade a esses diplomas, consiste na estimativa dos lucros a serem auferidos a partir da pactuação desse contrato.

No Brasil, um *compliance officer* custa, em média, de R$ 12.700,00 (doze mil e setecentos reais) a R$ 19.000,00 (dezenove mil reais) por mês.[50] A presente pesquisa não encontrou dados que sugiram os valores da implementação de programas de conformidade às normas britânica e americana em micro e pequenas empresas brasileiras. No entanto, sabe-se que os custos são muito superiores aos montantes citados, vez que a

2018. p. 272. Disponível em: https://www.proquest.com/openview/605e60b1b9fcb847e9f09e96042676aa/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1226335 Acesso dem 10 de julho de 2021.

[49] APOLLON, Garrick. FCPA Compliance Should Not 'Cost an Arm and a Leg': Assessing the Potential for Enhanced Cost-Efficiency and Effectiveness for an Anti-Corruption Compliance Program with the Implementation of an Enterprise Legal Risk Management Framework, 5 **PENN. ST. J.L. & INT'L AFF.** 486 (2017). Disponível em: https://elibrary.law.psu.edu/jlia/vol5/iss2/10. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[50] CLICK COMPLIANCE. **Profissional de compliance: quanto custa?** Disponível em: https://clickcompliance.com/profissional-de-compliance-quanto-custa/. Acesso dem 10 de julho de 2021.

eles ainda serão somados os montantes relacionados à implementação e manutenção do programa.

Desse modo, caso a prevenção dos gastos com possíveis atos anticorrupção e a estimativa de lucros advindos da contratação sejam superiores aos custos com a implementação do programa, mostra-se razoável a adequação.

### 3.4. Transplante do FCPA e do UK Bribery Act: vantagens e desvantagens

Conforme o exposto, se sujeitam aos atos normativos anticorrupção britânico e americano todas as empresas que possuam alguma conexão com esses países. O *UK Bribery Act* condena não só pela própria prática dos atos ilícitos, mas, inclusive, pela omissão na prevenção dessas infrações.[51]

Além das condenações penais, esses diplomas legais preveem sanções pecuniárias cujas cifras são muito elevadas. Como exposto, nos EUA, esse valor chega a $ 25.000.000,00[52] (vinte e cinco milhões de dólares) e, no Reino Unido, o montante é ilimitado.[53]

Nessa seara, o transplante do FCPA e do *UK Bribery Act* às micro e pequenas empresas brasileiras constitui prevenção ou atenuação dos gastos decorrentes de possíveis futuros atos ilícitos, que possuem um custo, inclusive, reputacional.

Assim, a adequação das micro e pequenas empresas brasileiras a esses diplomas consiste em vantagem competitiva no comércio exterior, pois abre possibilidades de negócios para além de um único contrato que estipule tal requisito, vez que a submissão a esses atos normativos se dá na existência de qualquer conexão das MPEs com esses países.

---

[51] UK. **UK Bribery Act.** Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[52] USA. **Foreign Corrupt Practices Act** (FCPA), 1977. Disponível em: https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act. Acesso dem 10 de julho de 2021.

[53] UK. **UK Bribery Act.** Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents. Acesso dem 10 de julho de 2021.

Nota-se, dessa forma, que o transplante dessas normas aos pequenos exportadores brasileiros permitiria a inserção dessas empresas nas cadeias de valor globais ou, quando já inseridas, a elevação da presença nessas cadeias.

Como o cenário das exportações é dominado, no quesito valor exportado, pelas empresas de médio e grande porte, conforme os dados obtidos pela pesquisa do SEBRAE[54], a inserção e manutenção das MPEs nas cadeias de suprimentos elevaria o montante total vendido ao exterior, o que consistiria em um acrescimo ao Produto Interno Bruto (PIB) do país. Ainda, isso resultaria no aumento da participação das MPEs no lucro total advindo das exportações do país.

O FCPA, o *UK Bribery Act* e a Lei Anticorrupção brasileira possuem uma série de pontos de conexão. A maior diferença entre as três normas consiste no rol de ofensas, o qual, nos casos britânico e americano, é mais amplo do que no brasileiro – corrupção passiva e falha em prevenir suborno. As despesas da implementação de programas de conformidade a essas legislações estão, portanto, atrelados aos fatores de distinção entre essas normas – custos extras que devem ser objeto de análise para a adequação –, visto que as demais disposições são comuns aos três diplomas.

Para que se tenha uma ideia acerca do impacto do transplante desses diplomas para umpequeno empreendimento, cita-se, como exemplo, uma pequena empresa, cujo faturamento bruto anual é de R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) – mínimo previsto na LC n. 139/2001[55] para enquadramento do na categoria de pequena empresa. Para essa empresa, a receita bruta mensal seria, em média, R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Nota-se que somente o custo do *compliance officer* já representaria um impacto significativo na receita, ainda que se considere o faturamento bruto.

[54] FONSECA, Paulo Jorge de Paiva. **As micro e pequenas empresas na exportação brasileira**. Brasil: 2009-2017. Brasília: SEBRAE, 2018, p. 21. Disponível em: https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2018/11/As-Micro-e-Pequenas-Empresas-nas-Exporta%C3%A7%C3%B5es-Brasileiras-2009-2017-Brasil-VF.pdf bilhões de reais

[55] BRASIL. **Lei Complementar 139, de 10 de novembro de 2011**. Altera dispositivos da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp139.htm bilhões de reais

Sob o ponto de visto do valor total exportado, tendo em vista que, em 2017, o montante total que foi exportado pelo Brasil foi de R$ 217,7 bilhões de reais[56] e as exportações advindas das MPEs consistiram em 0,5% (cinco décimos por cento)[57] desse valor, estima-se que o valor total vendido ao exterior por elas foi de aproximadamente R$1,088 bilhões de reais.

Uma vez que 8.863 (oito mil, oitocentos e sessenta e três)[58] dessas empresas integravam a base exportadora brasileira, chega-se ao valor médio exportado por cada uma, o qual consiste no montante de R$ 122.813,95 (cento e vinte e dois mil, oitocentos e treze reais e noventa e cinco centavos), nesse mesmo ano, ou seja, cerca de R$ 10.234,5 (dez mil, duzentos e trinta e quatro reais e cinquenta centavos) em cada mês.

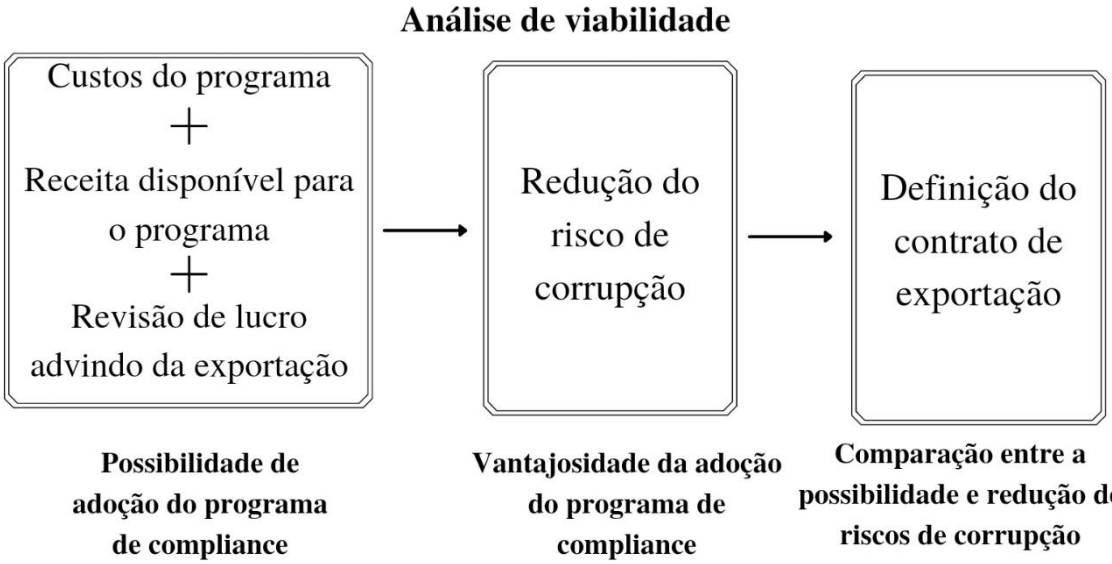
Do exame dos dados acima, conclui-se que o *trade-off* a que se submetem as empresas, em muitos casos, leva em consideração dois fatores, o qual está esquematizado na figura abaixo:

[56] FACOMEX. **Exportação no Brasil: Quais os principais produtos exportados?**, 2021. Disponível em: https://www.fazcomex.com.br/blog/quais-principais-produtos-exportados-brasil/ bilhões de reais

[57] FONSECA, Paulo Jorge de Paiva. **As micro e pequenas empresas na exportação brasileira.** Brasil: 2009-2017. Brasília: SEBRAE, 2018. p. 16. Disponível em: https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2018/11/As-Micro-e-Pequenas-Empresas-nas-Exporta%C3%A7%C3%B5es-Brasileiras-2009-2017-Brasil-VF.pdf bilhões de reais

[58] FONSECA, Paulo Jorge de Paiva. **As micro e pequenas empresas na exportação brasileira.** Brasil: 2009-2017. Brasília: SEBRAE, 2018. p. 16. Disponível em: https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2018/11/As-Micro-e-Pequenas-Empresas-nas-Exporta%C3%A7%C3%B5es-Brasileiras-2009-2017-Brasil-VF.pdf . Acesso em 10 de julho de 2021.

**Figura 2 – Análise da viabilidade da adoção do programa de conformidade**




Fonte: Elaboração das autoras.

Primeiramente, é necessária uma análise prévia à pactuação do contrato internacional para que se chegue à conclusão acerca da razoabilidade e viabilidade da adequação ao *UK Bribery Act* e ao FCPA frente aos seus custos, à receita disponível para o programa de *compliance* e à previsão de lucro decorrente dessa exportação.

Posteriormente, importa, também, a verificação do nível de redução de risco que o programa de conformidade trará. Isso porque tal atenuação de riscos deve ser satisfatória a ponto de compensar a exportação, visto que, caso contrário, em razão da elevada monta das multas aplicadas, pode ser mais razoável não exportar.

## 4. Conclusão

O presente artigo se prestou a analisar os pontos positivos e negativos do transplante das normas antissuborno dos Estados Unidos e Reino Unido – FCPA e *UK Bribery Act*, respectivamente – para a cultura das micro e pequenas empresas brasileiras. Considerou-se as diferenças entre o normativo nacional e estrangeiros, os possíveis custos de implementação, as exportações atualmente realizadas e as vantagens auferidas pela existência de um programa de integridade.

De início, imaginava-se que as diferenças entre as legislações estudadas fossem causar o aumento no custo de implementação e manutenção dos programas de *compliance* nas pequenas e médias empresas. Assim, as empresas deveriam averiguar os pontos positivos e negativos da sua implementação.

Tal hipótese foi confirmada e aprimorada pela pesquisa. Isso porque, com uma análise mais detalhada das diferenças entre as legislações, viu-se que as sanções praticadas internacionalmente são significativamente maiores que as multas brasileiras e podem até ser superiores que o próprio faturamento das pequenas e médias empresas. Ademais, o combate à corrupção americano e britânico incorporam ofensas inexistentes no Brasil, como a corrupção passiva e falha em prevenir o suborno.

Dessa forma, entende-se que as vantagens de pequenas e médias empresas brasileiras adotarem o FCPA e o *UK Bribery Act* são (i) novas oportunidades de negócios, (ii) inserção ou aumento de presença em cadeias globais de valor, e (iii) recrudescimento do PIB brasileiro. Como desvantagens, figuram-se (i) altos custos de implementação da política de integridade, e (ii) possibilidade de imposição de multas que inviabilizem o funcionamento da empresa, apesar do programa de *compliance*.

Nesse cenário, as empresas precisam garantir que o custo da implementação e manutenção das legislações internacionais antissuborno não seja superior à multa aplicável ou mesmo ao negócio firmado. Afinal, deve-se considerar que o montante exportado pelas pequenas e médias empresas brasileiras não é tão significativo, de modo que a implementação das legislações internacionais antissuborno pode ser um entrave ao aumento da participação dessas empresas no comércio internacional.

Conclui-se então que as pequenas e médias empresas devem realizar um *trade off* que considere os custos de implementação e manutenção das políticas de *compliance*, além da quantia auferida com a exportação e a sua nova colocação nas cadeias globais de valor. Apenas com essa minuciosa análise será possível determinar se, no caso concreto, as vantagens de se adotar o programa de integridade americano e britânico para superar as desvantagens de não ingressar – ou permanecer – nas exportações para os referidos países.

**Referências bibliográficas**

APOLLON, Garrick. *FCPA Compliance Should Not 'Cost an Arm and a Leg': Assessing the Potential for Enhanced Cost-Efficiency and Effectiveness for an Anti-Corruption Compliance Program with the Implementation of an Enterprise Legal Risk Management Framework, **5 PENN. ST. J.L. & INT'L AFF.*** 486 (2017). Disponível em: https://elibrary.law.psu.edu/jlia/vol5/iss2/10

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

BRASIL. **Lei Complementar 126, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm

BRASIL. **Lei Complementar 139, de 10 de novembro de 2011**. Altera dispositivos da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp139.htm

BRASIL. **Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm

BRASIL. **Lei Complementar 155, de 27 de outubro de 2016**. Altera a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nos 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm

BREWSTER, Rachel e BUELL, Samuel W. Buell. *The Market for Global Anticorruption Enforcement, **80 L. & CONTEMP. PROBS***. 193, 2017.

BEAN, Bruce W. e MACGUIDWIN. *Unscrewing the Inscrutable: The UK Bribery Act 2010*, ***Indiana International and Comparative Law Review***, 2012.

CARVALHO, Kátia C. Medeiros de, GUIMARÃES, Andrea Bastos de D., PAIXÃO, Luiz Andrés Ribeiro. **Micro, pequenas e médias empresas: conceitos e estatísticas.** Boletim RADAR n. 55, 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/radar/temas/industria/699-micro-pequenas-e-medias-empresas-conceitos-e-estatisticas#:~:text=O%20artigo%20Micro%2C%20pequenas%20e,de%20Andr%C3%A9a%20Bastos%20da%20S.&text=Concluem%20que%20a%20classifica%C3%A7%C3%A3o%20por,do%20universo%20das%20pequenas%20empresas

CLICK COMPLIANCE. **Profissional de *compliance*: quanto custa?** Disponível em: https://clickcompliance.com/profissional-de-compliance-quanto-custa/

CUNHA, Rogério Sanches e SOUZA, Renee. **Lei Anticorrupção Empresarial**, Ed. JusPodium, 3ª ed., 2020, p. 54.

DUNN, Gibson. ***2010 year-end FCPA update***, 2011. Disponível em: http://www.gibsondunn.com/publications/pages/2010Year-EndFCPAUpdate.aspx.

FACOMEX. **Exportação no Brasil: Quais os principais produtos exportados?**, 2021. Disponível em: https://www.fazcomex.com.br/blog/quais-principais-produtos-exportados-brasil/

FERREIRA, Bráulio Cavalcanti, GONÇALVES, Everton das Neves, QUEIROZ, Bruna Pamplona de. Análise Econômica do Direito e o Compliance Empresarial: Apreciação jurídico-econômica dos programas de conformidade e dos custos de prevenção. ***Economic Analysis of Law Review***, V. 9, no 1, 2018, pp. 268 e 269. Disponível em: https://www.proquest.com/openview/605e60b1b9fcb847e9f09e96042676aa/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1226335

FONSECA, Paulo Jorge de Paiva. **As micro e pequenas empresas na exportação brasileira.** Brasil: 2009-2017. Brasília: SEBRAE, 2018. Disponível em: https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2018/11/As-Micro-e-Pequenas-Empresas-nas-Exporta%C3%A7%C3%B5es-Brasileiras-2009-2017-Brasil-VF.pdf

GIN, Camila de Moura. **Uma breve análise sobre a legislação anticorrupção no mundo**. XI Seminário Nacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2016

MAGALHÃES, João Marcelo Rego. Aspectos relevantes da lei anticorrupção empresarial brasileira (Lei 12.846/2013), **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, 11(2), 24-46. https://doi.org/10.32586/rcda.v11i2.227

MARTIN, Jay G. *Implementing Effective Corporate Legal Compliance Programs. **Natural Resources & Environment***, vol. 11, no. 4, 1997, pp. 14 e 15. Disponível em: https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/nre11&id=224&men_tab=srchresults

MERCOSUL. **MERCOSUL/GMC/RES n. 59/98**. Políticas de apoio às micro, pequenas e médias empresas do Mercosul – Etapa II. Disponível em: http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSRS/Resolutions/Res5998p.asp

OCDE. ***Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions***, 1997.

OECD. **UNITED KINGDOM.** *Phase 2bis report on the application of the convention on cambating bribery of foregn public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions 4,* 2008. Disponível em http://www.oecd.org/dataoecd/23/20/41515077.pdf

OCDE. ***Regulatory Compliance Cost Assessment Guidance***, 2014, pp. 17 a 19. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-regulatory-compliance-cost-assessment-guidance_9789264209657-en#page1

SEBRAE. **Os desafios no comércio exterior para micro e pequenas empresas**, 2013. Disponível em: https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/os-desafios-do-comercio-exterior-para-as-pequenas-empresas,f95a634e2ca62410VgnVCM100000b272010aRCRD

SEBRAE. **A Participação da Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. Julho de 2014. Disponível em: https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf

SEBRAE. **Mercado internacional é um desafio para pequenos negócios**, 2020. Disponível em: http://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/mercado-internacional-e-desafio-para-pequenos-negocios,ea08076d73eb5710VgnVCM1000004c00210aRCRD

STEVENSON, Drury D. e WAGONER, Nicholas J. *FCPA Sanctions: Too Big to Debar?*, ***80 Fordham L. Rev***. 775, 2011. Disponível em: https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol80/iss2/13

TILLIPMAN, Jessica. *The Foreign Corrupt Practices Act & Government Contractors: Compliance Trends & Collateral Consequences*. ***Briefing Papers (Thomson West)***, nº 11-9, 2011

TRAUTMAN, Lawrence J. e ALTERNBAUMER-PRICE, Kara. *Lawyers, Guns and Money: the Bribery Problem and the UK Bribery Act,* **47 Int'l L 481**, 2013, p. 503. Disponível em: https://scholar.smu.edu/til/vol47/iss3/7

UNITED KINGDOM. ***UK Bribery Act***, 2010. Disponível em: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents

**UNITED STATES, *Foreign Corrupt Practices Act*, 1977.**