

COMÉRCIO INTERNACIONAL E CONCORRÊNCIA

Desafios e Perspectivas atuais
Volume V (2023)

Organização: Amanda Athayde, Fábio Casotti,
Gabriel Andrade e Maria Augusta Viegas



Autores:

Camila Monferrari Oliveira
Carlos H. R. Rangel de Castro
Claudia Portal de Matos
Diogo Augusto Vidal Padre
Elisa Amorim Boaventura
Evelin de Cerqueira Melo
Iago de Pádua Grillo Souza
Isabella Santiago Accioly
Luiz Augusto da Silva
Pedro Cese Caram Zuquim
Vívian Salomão Ianelli
Waleska de Fátima Monteiro

Organizado por:
Amanda Athayde
Fábio Casotti
Gabriel Andrade
Maria Augusta Viegas

Comércio Internacional e
Concorrência
Desafios e Perspectivas Atuais
Volume V (2023)

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Brasília
2023

A865c	Athayde, Amanda; Casotti, Fábio; Andrade, Gabriel Andrade; Viegas, Maria Augusta (org.). Comércio Internacional e Concorrência: desafios e perspectivas atuais – Volume V / Amanda Athayde; Fábio Casotti; Gabriel Andrade; Andrade; Maria Augusta Viegas (org.) – Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 2023. 197 p. ISBN: 978-85-87999-15-3 1. Comércio internacional. 2. Defesa da concorrência. 3. Interface entre comércio internacional e concorrência.
2023	CDD 346.07 CDU 347.7

Organizado por:

Amanda Athayde

Fábio Casotti

Gabriel Andrade

Maria Augusta Viegas

Diagramação e edição: Fábio Casotti, Gabriel Andrade e Maria Augusta Viegas

Revisão: Amanda Athayde

Capa: Amanda Athayde

Sumário

SOBRE ORGANIZADORES.....	6
SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES.....	8
DESCASCANDO A CEBOLA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E DESAGUANDO NO ANTITRUSTE: um novo <i>onion spaghetti bowl</i>?	
<i>Amanda Athayde</i>	<i>10</i>
UMA ÓPERA ECONÔMICA: o dueto entre direito concorrencial e comércio internacional	
<i>Fábio Casotti, Gabriel Andrade e Maria Augusta Viegas</i>	<i>12</i>
PARTE 1 – TÓPICOS ESPECIAIS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL.....	18
1. GÊNERO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: um estudo sobre as iniciativas para o alcance da igualdade de gênero adotadas no Brasil e ao redor do mundo	
<i>Elisa Amorim Boaventura</i>	<i>19</i>
2. SUBSÍDIOS ESTRANGEIROS E OS DESAFIOS DAS MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL NO COMÉRCIO INTERNACIONAL	
<i>Claudia Natalina Portal de Matos e Diogo Augusto Vidal Padre</i>	<i>42</i>
3. AS SANÇÕES PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS APLICADAS PELO OFFICE OF FOREIGN ASSETS CONTROL (OFAC)	
<i>Iago de Pádua Grillo Souza e Pedro Cese Caram Zuquim.....</i>	<i>58</i>
PARTE 2 – TÓPICOS ESPECIAIS DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	79
4. A PENA DE DESQUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL NO DIREITO ANTITRUSTE: estudo comparado entre Brasil e Reino Unido	
<i>Luiz Augusto da Silva e Vivian Salomão Ianelli.....</i>	<i>80</i>
5. A CONCORRÊNCIA (DES)LEAL COMO ALIADA DO DIREITO ANTITRUSTE? Uma perspectiva sobre práticas ambientalmente não sustentáveis	
<i>Camila Monferrari Oliveira</i>	<i>108</i>
6. PARCERIAS ENTRE CONCORRENTES EM CONTEXTO DE CRISE: as formas de estruturação do poder de mercado, os riscos à competição e a atuação da autoridade antitruste	
<i>Evelin de Cerqueira Melo.....</i>	<i>129</i>

7. O IMPACTO DOS SUBSÍDIOS NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA: uma análise do Regulamento de Subsídios Estrangeiros da Comissão Europeia

Waleska de Fátima Monteiro 161

8. ENTRE O ANTITRUSTE E A ANTICORRUPÇÃO: os recentes movimentos de enfoque sobre crimes corporativos e a necessária implementação de programas de compliance efetivos

Isabella Santiago Accioly e Carlos Henrique Rodrigues Rangel de Castro 175

SOBRE ORGANIZADORES

Amanda Athayde é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrência, Compliance e, a partir de 2023, Comércio Internacional. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora e organizadora de livros, autora, também, de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. Entre 2019 e abril de 2022, foi Subsecretária de Defesa e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Entre 2017 e 2019, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Como Analista de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), atuou em 2013 na fase inicial de negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). Cofundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Idealizadora e entrevistadora do podcast Direito Empresarial Café com Leite.

Fábio Casotti é mestrando em Direito pela UnB, especialista em planejamento e estratégias de desenvolvimento pela ENAP, pós-graduado em regulação econômica pelo Inatel, engenheiro de telecomunicações pelo UNI-BH e técnico profissionalizante em eletrônica pelo CEFET-MG. Com sólida experiência no setor de Tecnologias da Informação e Comunicação, é servidor público da Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel desde 2005. Desde 2013, tem atuado nas principais questões concorrenciais da indústria, sendo hoje responsável pelo monitoramento concorrencial de condutas e pela mediação de conflitos competitivos dos agentes regulados. Acumula ainda a função de representante institucional designado na Comissão de Resolução de Conflitos das Agências Reguladoras dos Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo.

Gabriel Andrade é graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), em Ciências Econômicas pela Universidade Católica de Brasília (UCB), em Relações Internacionais e Ciência Política pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Cursa L.L.M com dupla

habilitação em proteção de dados (GDPR e LGPD) pela FMP e Universidade de Lisboa. É pós-graduando em Direito Digital pelo ITS-Rio e UERJ. Realizou *Summer School em American Law, Politics & Economy pela Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu*. É membro da *American Bar Association*. É membro e coach do Grupo de Estudos de Arbitragem da Universidade de Lisboa. Representou a UnB como orador no WICADE, CAEMP, CAMARB e *Vis Moot*.

Maria Augusta Viegas é mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Público (IDP) e graduada em Direito pela UnB. Atua como monitora na graduação e pós-graduação da Universidade de Brasília. Possui experiência como advogada em questões concorrenciais no setor portuário e hoje atua com Relações Governamentais no setor de aviação civil.

SOBRE AS AUTORAS E OS AUTORES

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

Carlos Henrique Rodrigues Rangel de Castro é advogado, assistente jurídico no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e mestrando em Direito Econômico pela Universidade de Brasília.

Claudia Natalina Portal de Matos é advogada. Sócia Consultora da Abdo, Ellery & Associados – Consultoria Empresarial em Energia e Regulação. Licenciada em Matemática (UEPA). Pós-graduada em Educação Matemática (UFPA), Técnica em Processamento de Dados (CEFET/PA). Especialista em Análise de Sistemas (UFPA). Mestre em Economia do Setor Público (UnB) e Doutoranda em Direito (UnB).

Diogo Augusto Vidal Padre é Promotor de Justiça. Especialista em Direito e Economia (Unicamp) e Direito Econômico e Regulatório (Puc-Rio). Mestre em Direito (UFRN) e Economia (IDP). Doutorando em Direito (UnB) e Economia (UCB).

Elisa Amorim Boaventura é Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). É advogada em Horta e Bachur advogados, integrante do Women Inside Trade Starters (WIT Starters), gerente do Women in Antitrust Juniors (WIA Juniors), editora-associada do International Review of Constitutional Reform (IRCR) e integrante do Centro de Estudos Constitucionais Comparados (CECC) da FD-UnB.

Evelin de Cerqueira Melo é mestrando em Direito, Estado e Regulação na Universidade de Brasília – UnB, Graduado em Engenharia Mecânica pelo Instituto Federal da Bahia – IFBA, e em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, com especialização em Direito Tributário.

Iago de Pádua Grillo Souza é associado da área de Compliance e Ética Corporativa do escritório Mattos Filho. Possui Certificação Profissional em Compliance Anticorrupção (CPC-A) pela Legal Ethics and Compliance. É bacharel em ciências econômicas pela Universidade de Brasília (“UnB”) e bacharel em direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (“IDP”).

Pós-graduado em Direito Administrativo pelo IDP e aluno especial do Mestrado da UnB (Comércio Internacional e Direito da Concorrência). Membro do REAL - Rede de Estudos e Aprofundamento Legal do Real Digital.

Isabella Santiago Accioly é advogada. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Já atuou no Conselho Administrativo de Defesa Econômica como assessora no Gabinete da Superintendência-Geral e no Gabinete da Presidência.

Luiz Augusto da Silva é doutorando em Direito na UnB. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Membro da Comissão de Arbitragem da OAB/PR. Advogado.

Pedro Cese Caram Zuquim é chefe de Projetos na Coordenação-Geral de Análises Antitruste 11 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"). É graduado em Direito pela Universidade de Brasília ("UnB"), com experiência acadêmica em Arbitragem Internacional, Direito Concorrencial Europeu e Comércio Internacional pela Università degli Studi Roma Tre, Itália. Aluno especial do Mestrado da UnB (Comércio Internacional e Direito da Concorrência). Membro do GEDE - Grupo de Estudos de Direito e Economia.

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

DESCASCANDO A CEBOLA DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E DESAGUANDO NO ANTITRUSTE: um novo *onion spaghetti bowl*?

Amanda Athayde

Os esforços de comércio internacional são tipicamente idealizados no âmbito multilateral. O foro mais tradicional para tais discussões é, historicamente, a **Organização Mundial do Comércio (“OMC”)**. Acontece que, diante da existência de poucos resultados concretos em termos de novos acordos multilaterais – à exceção do Acordo de Facilitação do Comércio e do Acordo de Subsídios à Pesca – e da paralisação do Órgão de Solução de Controvérsias (“OSC/OMC”) após o bloqueio dos Estados Unidos à indicação de novos membros, a confiança exclusiva na força motriz na OMC tem reduzido.

Nesse contexto evolutivo, vão surgindo, ao longo dos anos, esforços dos Estados-Membro de celebrarem **acordos regionais de comércio (Regional Trade Agreements – “RTAs”)**. Por meio desses acordos, não apenas esforços tradicionais, como a redução de barreiras tarifárias e não tarifárias tem sido endereçado, mas temas mais de vanguarda, como cláusulas trabalhistas, padrões ambientais, obrigações relacionadas a gênero. Acontece que, por mais que seja possível avançar nesse esforço regional, a confiança exclusiva nessa força motriz também vem reduzindo, seja pela ausência de mecanismos de *enforcement* das cláusulas do RTA, seja pela dificuldade política na negociação e internalização desses acordos em cada um dos Estados-Membro.

É assim que alguns Estados-Membro, almejando a implementação de regulamentações mais alinhadas a suas políticas públicas, que não têm tido guarida – ao menos na velocidade desejada – no âmbito internacional, têm modificado suas estratégias. Os **esforços** têm sido realizados **no âmbito nacional – ou do bloco**, como no caso da União Europeia –, com a implementação de legislações que, apesar de aplicáveis apenas aos seus próprios cidadãos, acabam sendo aplicados, indiretamente, a todos aqueles que queiram transacionar com eles no comércio internacional. Essa estratégia pode ser identificada, por alguns, como o “efeito Bruxelas”, na medida em que novas legislações, uma vez implementadas pelo bloco europeu, acabam se espalhando com agilidade ao redor do mundo. Legislações recentes como a de desmatamento, o *Cross Boarder Adjustment Mechanism* (“CBAM”), a *Foreign Subsidies Regulation* (“FSR”), são exemplos notórios de que, exportadores em qualquer lugar do mundo, se quiserem comercializar com os europeus, terão que se submeter às regras europeias. Há quem

argumente que se trata de uma aplicação extraterritorial da legislação europeia, violando, portanto, a regra da jurisdição. No que os europeus respondem que não há aplicação extraterritorial, mas tão somente a quem atuar em seu território. Nuances.

Acontece que mesmo tais legislações, aplicadas no âmbito nacional/bloco, podem não atender, necessariamente, a todos os anseios da população. Esforços ESG, por exemplo, podem ser considerados como “mínimos” no âmbito nacional, cabendo às **empresas, no seu âmbito privado**, a identificação de meios de se diferenciar e melhor concorrer no mercado. Esses esforços de autorregulação, seja por meio próprio, seja por meio de selos, por exemplo, têm causado uma verdadeira explosão na forma de atuação das empresas. Para que isso seja implementado, por vezes, porém, podem ser desejados esforços no âmbito de sua implementação no setor, por todas as empresas. Ora, e se as empresas atuantes em um determinado setor desejarem implementar metas de redução a zero das emissões de carbono para 2030, por exemplo? Surge aí uma preocupação antitruste bastante premente. Autoridades antitruste ao redor do mundo têm debatido se e em qual medida concorrentes podem se alinhar em termos de estratégias com objetivos ESG mais amplos. Seria um *safe harbour*? Não há isenção antitruste, ainda que o objetivo seja legítimo? As dúvidas permanecem, ainda que autoridades antitruste como a holandesa, grega e europeia, tentem pautar a direção do debate.

Fato é, portanto, que esforços típicos do comércio internacional têm desaguado, diante da ausência de consensos e avanços rápidos, em **discussões de cunho antitruste**. Nada mais providencial para que se desfaça a indevida concepção de que comércio internacional e concorrência são temas não relacionados ou descasados. Os influxos são recíprocos, o que já deveria ser tido como uma obviedade, desde Natalino Irti, considerando que as empresas estão inseridas no mercado, nacional ou mundial, que é um *locus artificialis*, criado a partir das demandas históricas, que permitem a modificação das legislações.

Ou seja, se antes o comércio internacional já era visto como um *spaghetti bowl*, caracterizado pelo emaranhado de legislações, distintos e imprevisíveis em termos de ganhos para países direta ou indiretamente envolvidos, agora parece ser um *onion spaghetti bowl*. Cada uma das camadas do comércio internacional (multilateral, regional, nacional com efeitos externos) acaba sendo “descascada” e desaguando em novas discussões antitruste, que não podem ser tidas pelas lentes míopes apenas do direito concorrencial, mas sim no contexto e em uma perspectiva mais ampla.

UMA ÓPERA ECONÔMICA: o dueto entre direito concorrencial e comércio internacional

Fábio Casotti

Gabriel Andrade

Maria Augusta Viegas

O direito concorrencial e o comércio internacional são duas áreas distintas, mas interligadas, que exercem um impacto significativo no cenário econômico interno e global. Este livro contém análises de ambas as áreas, destacando assim a importância de abordagens que considerem a correlação destes temas. Compreender a interação entre essas duas áreas é essencial, sobretudo para a elaboração de políticas eficazes com o intuito de promover o desenvolvimento econômico e assegurar os interesses dos consumidores.

Há diversas maneiras como a interconexão entre o direito concorrencial e o comércio internacional podem ser verificadas. Em primeiro lugar, ambas as áreas têm como objetivo promover a eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores, garantindo que as empresas tenham acesso igualitário aos diversos mercados e possam competir em condições análogas.

O comércio internacional visa atingir esse resultado reduzindo as barreiras tarifárias, como tarifas e cotas, que podem impedir que empresas estrangeiras entrem em um mercado ou compitam efetivamente com as empresas nacionais. Da mesma forma, o direito concorrencial busca evitar práticas anticompetitivas, como abuso de posição dominante ou conluio, práticas que podem gerar distorções à concorrência e criar barreiras à entrada de novos participantes no mercado. Resta assim evidente que uma abordagem interligada entre as áreas é mais adequada para a promoção do objetivo comum: mercados abertos e competitivos, gerando um consequente aumento do comércio, desenvolvimento econômico e bem-estar dos consumidores.

Para nos aprofundarmos na interconexão entre o direito concorrencial e o comércio internacional, é necessário considerar como ambas as áreas estão presentes em diversos fenômenos, como, por exemplo, a integração econômica. Valendo-se de instrumentos como os Tratados de Livre Comércio (TLCs) e Acordos de Parceria Econômica (APEs), as economias ao redor do mundo estão se tornando mais interligadas, o que tem resultado em uma significativa harmonização das leis concorrenciais entre os países membros. Um exemplo

marcante é o que ocorreu com a Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN)¹, cabendo destacar que, em 2022, os chefes das autoridades concorrenciais dos Estados-membros da associação destacaram a necessidade de que houvesse a adoção de um procedimento comum para a aplicação do direito concorrencial. (SILALAH, 2022)² ³

Além disso, a interconexão entre elas pode ser verificada na análise de condutas anticompetitivas transfronteiriças, como os cartéis internacionais, cujos efeitos se estendem a várias jurisdições. Esta análise toma especial relevância em uma economia cada vez mais globalizada, com muitas empresas não se limitando mais à concepção tradicional de fronteiras.

Abordar condutas desse caráter requer uma estreita cooperação entre as autoridades concorrenciais e as organizações de comércio internacional. Isto pode ser verificado, por exemplo, no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS)⁴⁵ da Organização Mundial do Comércio (OMC) contém disposições quanto a condutas anticompetitivas, destacando-se os artigos 8 (2) e 40 do Acordo que permitem, como exemplo, que os Estados-Membros apliquem suas leis nacionais de defesa da concorrência para prevenir abusos no direito de propriedade intelectual.

Ainda quanto à importância do cenário econômico atual e o turvamento entre as fronteiras, marcado pela elevada globalização, destaca-se ainda a ascensão do comércio eletrônico. O meio digital não é limitado pela concepção tradicional de fronteiras, o que trouxe novos desafios que exigem uma análise que considere a interação e funcionamento entre o comércio internacional e o direito concorrencial, sendo marcante como o advento e consolidação das plataformas digitais tem turvado as fronteiras geográficas que tradicionalmente separavam os mercados (FLETCHER, 2023)⁶, o que reforça a necessidade não apenas de uma abordagem crítica e correlacionada.

¹ A ASEAN é uma organização intergovernamental regional que envolve 10 Estados-membros no Sudeste Asiático (Brunei Darussalam, Camboja, Indonésia, Laos, Malásia, Mianmar, Filipinas, Cingapura, Tailândia e Vietnã). Criada em 1967, tem por objetivo a promoção do crescimento a ASEAN tem como objetivo promover o desenvolvimento econômico, social e cultural na região, sendo atualmente considerada um fórum central para a cooperação na região da Ásia-Pacífico.

² BAKER MCKENZIE. ASEAN Economic Ministers Agree to Strengthen Competition Policy and Enforcement Cooperation. Insight, 2022. Disponível em: <https://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2022/09/asean-competition-policy-and-enforcement-cooperation>. Acesso em: 10 jul. 2023.

³ SILALAH, Udin. The Harmonization of Competition Laws towards the ASEAN Economic Integration. **ASEAN International Law**, p. 175-192, 2022.

⁴ Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, na origem.

⁵ TRIPS. Acordo sobre Aspectos de Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Genebra: OMC, 1994.

⁶ FLETCHER, Amelia. International pro-competition regulation of digital platforms: healthy experimentation or dangerous fragmentation?. **Oxford Review of Economic Policy**, v. 39, n. 1, p. 12-33, 2023.

Assim, a interação entre o direito concorrencial e o comércio internacional, longe de ser uma relação simples, é influenciada por uma variedade de fatores – como a integração econômica, ascensão dos mercados digitais e o papel das organizações internacionais. Ao abordar essas questões de forma correlacionada, podemos desenvolver uma compreensão mais aprofundada de como essas duas áreas moldam e são moldadas pela economia global.

A disciplina de Comércio Internacional e Defesa da Concorrência se orienta por essa perspectiva dual, abordando a interdependência entre as relações mercantis e as questões competitivas inerentes à participação em cadeias produtivas do comércio global. Com essa visão, o curso explora a ordem jurídica que é responsável ao mesmo tempo, por definir mercados e tutelar princípios de livre e justa concorrência. O programa ainda prevê uma componente dinâmica, onde são oferecidas a cada nova edição as mais relevantes temáticas discutidas em fóruns acadêmicos e profissionais.

Na edição do segundo semestre de 2022, cursado de novembro de 2022 a fevereiro de 2023, foram indicados para articulação temática com as interfaces de Comércio e Concorrência os temas Meio Ambiente e Sustentabilidade, Direito do Trabalho, Gênero, Mercados Digitais, Crise Econômica, Subsídios, Anticorrupção e, finalmente, Penalidades.

Sobre **Meio Ambiente e Sustentabilidade**, o contexto de mudanças climáticas tem gerado mudanças nos padrões e exigências de consumo dos mercados globais, inclusive novos olhares sobre a competitividade de produtos e serviços.

Quanto ao **Direito do Trabalho**, há indicações de que a inserção no comércio internacional pode contribuir com a produtividade das firmas e melhores remunerações dos funcionários. Por outro lado, quedas recentes na participação do trabalho assalariado, com aumentos na desigualdade econômica de países, têm suscitado debates quanto ao poder detido por empregadores nos mercados de trabalho e eventuais práticas anticoncorrenciais.

As lutas por igualdade de oportunidades de **Gênero** representam um dos principais desafios contemporâneos. No entanto, as relações entre gênero e política de concorrência ainda são pouco exploradas. Há também muitas oportunidades de discussão sobre o poder econômico das mulheres ocupando papéis de empresárias, comerciantes ou trabalhadoras.

Já os **Mercados Digitais** seguem ocupando um espaço relevante na agenda de discussões globais. Em destaque, a entrada em vigor recente do Regulamento dos Serviços Digitais e do Regulamento de Mercados Digitais na Comunidade Europeia, além de outras movimentações legislativas no Brasil.

A **Crise Econômica** gerada pela emergência sanitária da COVID-19 foi responsável pela desorganização das cadeias produtivas globais, com repercussões severas nas economias

nacionais. Os países ainda fragilizados por esse choque são também impactados pelas instabilidades econômicas geradas pela guerra entre Rússia e Ucrânia, além de outras tensões geopolíticas contemporâneas.

No contexto mundial de recuperação da COVID-19, fragilidades das cadeias de valor globais e necessidade de intervenção governamental, tem sido recorrente a prática de **Subsídios**, que reconhecidamente influenciam o comércio e a livre concorrência. Em algumas situações, essas intervenções podem desequilibrar o campo de jogo competitivo ou gerar distorções de preços e incentivos.

Sobre medidas **Anticorrupção**, tem-se que ambientes de livre comércio e vigorosa competição redundam na pressão por custos, eficiência e inovação, impulsionando a produtividade e o crescimento econômico. Por outro lado, altos níveis de corrupção normalmente implicam altas barreiras de entrada em mercados de alta lucratividade, baixa competitividade e preços mais altos ao consumidor.

Quanto à aplicação de **Penalidades**, observa-se que, em alguns casos, os benefícios financeiros da participação em cartéis podem ser substancialmente superiores às possibilidades de sancionamento pecuniário da autoridade antitruste. Nos debates sobre a eficácia do combate a cartéis e fraudes em licitações, medidas sancionatórias alternativas têm ganhado crescente espaço de discussão, a exemplo da desqualificação de diretores e a exclusão de concorrentes.

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

O Capítulo 1 foi denominado “**Gênero e contratações públicas: um estudo sobre as iniciativas para o alcance da igualdade de gênero adotadas no Brasil e ao redor do mundo**”. Neste artigo, Elisa Boaventura explora as principais políticas de gênero adotadas nas contratações públicas, apresentando recomendações internacionais observadas na União Europeia, Suíça, Chile, Colômbia, Argentina e República Dominicana e no Brasil. A partir dessas experiências, a autora evidencia a importância de iniciativas para o alcance da igualdade de gênero e do empoderamento econômico feminino.

O Capítulo 2 é denominado “**Subsídios transnacionais e os desafios das medidas de defesa no comércio internacional**”. Escrito por Claudia Natalina Portal de Matos e Diogo Augusto Vidal Padre analisa o impacto de subsídios estrangeiros no comércio internacional e a eficiência das medidas de defesa adotadas pela União Europeia (UE) e pelo Brasil na proteção contra seus efeitos negativos. Adotando uma metodologia de revisão de literaturas relevantes e estudo do Novo Regulamento Europeu sobre Subsídios Estrangeiros e da Portaria SECEX nº 172/2022, os autores verificam que os subsídios estrangeiros representam um desafio para a questão mercantil, em virtude das distorções causadas no comércio.

O Capítulo 3, intitulado “**As sanções primárias e secundárias aplicadas pelo Office of Foreign Assets Control (OFAC)**”, o artigo foi escrito por Iago de Souza e Pedro Cese Caram Zuquim. Os autores objetivam analisar a imposição de sanções unilaterais por parte dos Estados Unidos, explorando de forma detalhada a política de sanções norte-americana. Nesse artigo, analisam os elementos normativos que permitem o exercício da jurisdição americana sob pessoas físicas e jurídicas estrangeiras de forma extraterritorial. Além disso, o trabalho também verifica a condenação de empresas estrangeiras por violação às sanções internacionais impostas pelos Estados Unidos.

Passa-se à parte II do livro, dedicada aos estudos com enfoque no direito concorrencial.

O Capítulo 4 foi intitulado “**A pena de desqualificação profissional no Direito Antitruste: estudo comparado entre Brasil e Reino Unido**”. Escrito por Vívian Ianelli e Luiz Silva, realiza análise comparada da pena de “proibição de exercer comércio” do art. 38, VI, da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2012) com o “*disqualification*” do Reino Unido. O texto almeja compreender a experiência britânica e, com base nela, aprimorar a prática do Cade, oferecendo três sugestões de melhoria: editar guia diretivo sobre a penalidade; explicitar as premissas fáticas e jurídicas nas decisões condenatórias e considerar impedimentos parciais a diretores para garantir proporcionalidade sancionatória.

No Capítulo 5, denominado “**Repressão de práticas ambientalmente insustentáveis: a concorrência (des)leal como aliada do direito antitruste**”, Camila Oliveira busca investigar de que modo a concorrência desleal e o antitruste podem ser combinados na preservação ambiental, particularmente, como a definição de concorrência desleal pode ser empregada no antitruste brasileiro na repressão a condutas consideradas ambientalmente incompatíveis.

Adiante, o Capítulo 6 foi denominado “**Parcerias entre concorrentes em contexto de crise: as formas de estruturação do poder de mercado, os riscos à competição e a atuação da autoridade antitruste**”. Escrito por Evelin Melo, o artigo aborda a relação entre o direito da concorrência e o ambiente de crise, com foco nas estratégias de sobrevivência adotadas pelas empresas. Analisando a pandemia da Covid-19 como exemplo, conclui-se que a flexibilidade na aplicação das políticas concorrenciais pode trazer benefícios durante crises, permitindo soluções customizadas. Além disso, o autor verifica que os acordos de cooperação surgem como uma alternativa menos lesiva à concorrência e capaz de promover a recuperação econômica e termina verificando ser necessário que as autoridades concorrenciais estejam atentas e implementem salvaguardas para preservar o ambiente competitivo.

O Capítulo 7 “**O impacto dos subsídios na defesa da concorrência: uma análise do Regulamento de Subsídios Estrangeiros da Comissão Europeia**” foi escrito por Waleska

Monteiro. A autora aponta para a assimetria de informações e falta de transparência na concessão dos subsídios, o que resulta muitas vezes em tensões nas relações comerciais, especialmente na percepção de políticas industriais implícitas ou explícitas. Nesse sentido, destaca que a Comissão Europeia tem buscado uma solução regulatória aos subsídios estrangeiros capazes de distorcer o mercado interno do bloco.

Adiante, há o Capítulo 8, denominado “**Entre o Antitruste e a Anticorrupção: os recentes movimentos de enfoque sobre crimes corporativos e a necessária implementação de programas de compliance efetivos**”. Escrito por Isabella Accioly e Carlos de Castro, o trabalho se propõe a analisar a interlocução entre o combate à corrupção e a defesa da concorrência, reconhecendo a crescente atenção sobre crimes corporativos. Norteados por esse objetivo, além de uma perspectiva histórica do combate à corrupção no mundo, os autores abordam o contexto brasileiro e destacam a importância de políticas de compliance, com uma análise prática das repercussões desses programas na colaboração antitruste.

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

1. GÊNERO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: um estudo sobre as iniciativas para o alcance da igualdade de gênero adotadas no Brasil e ao redor do mundo

1. GENDER AND GOVERNMENT PROCUREMENT: A study on initiatives to achieve gender equality adopted in Brazil and around the world

Elisa Amorim Boaventura

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contratações públicas e a questão de gênero. 3. Iniciativas internacionais relacionadas a gênero e contratações públicas. 4. Iniciativas brasileiras relacionadas a gênero e contratações públicas. 5. Conclusões.

RESUMO: A questão de gênero possui impacto econômico, de modo que deve ser transversal na elaboração de políticas públicas pelos Estados. No presente artigo, pretende-se evidenciar as principais políticas de gênero adotadas nas contratações públicas, de modo a apresentar as recomendações de organismos e organizações internacionais, assim como iniciativas no âmbito internacional – na União Europeia, Suíça, Chile, Colômbia, Argentina e República Dominicana – e no Brasil. O intuito é evidenciar a importância dessas recomendações e iniciativas para o alcance da igualdade de gênero e o empoderamento econômico feminino.

Palavras-chave: Gênero; Políticas públicas; Contratações públicas; Igualdade de gênero

ABSTRACT: The gender issue has an economic impact, and as such, it should be integrated into the formulation of public policies by states. This article aims to highlight the main gender policies adopted in public procurement, presenting recommendations from international organizations and entities, as well as initiatives at the international level – within the European Union, Switzerland, Chile, Colombia, Argentina, and the Dominican Republic – and in Brazil. The intention is to emphasize the importance of these recommendations and initiatives for achieving gender equality and female economic empowerment.

Keywords: Gender; Public policies; Government procurement; Gender equality

1. INTRODUÇÃO

A busca pela igualdade de gênero é uma das principais pautas na atualidade, contudo, geralmente é discutida como se tivesse somente impacto social. Em verdade, a questão de gênero possui também impacto econômico, de modo que as políticas públicas pensadas pelos Estados não deveriam estar dissociadas da questão de gênero ou ignorar os impactos que as diferenças existentes entre homens e mulheres trazem para a sua eficiência.

Assim, a questão de gênero deve ser tratada de maneira transversal pelos Estados na elaboração de políticas públicas. Cabe destacar, ademais, que as políticas públicas estabelecidas pelos Estados também podem contribuir para alcançar a igualdade de gênero, sendo consideradas como ferramentas poderosas e que reforçam a promoção da equidade de gênero e a construção de sociedades mais igualitárias.

O objetivo principal do presente artigo é evidenciar as principais políticas de gênero adotadas nas contratações públicas, de modo a apresentar as recomendações de organismos e organizações internacionais, assim como iniciativas no âmbito internacional – na União Europeia, Suíça, Chile, Colômbia, Argentina e República Dominicana – e no Brasil, além de evidenciar a importância dessas recomendações e iniciativas para o alcance da igualdade de gênero e o empoderamento econômico feminino¹.

Deste modo, no presente artigo evidencia-se a relação entre contratações públicas e a questão de gênero, apresentando as principais recomendações de organismos e organizações internacionais na atualidade (tópico II). Em seguida, as iniciativas internacionais na União Europeia, Suíça, Chile, Colômbia, Argentina e República Dominicana relacionadas a gênero e contratações públicas são apresentadas (tópico III), assim como as iniciativas brasileiras relacionadas a gênero e contratações públicas (tópico IV). Por fim, passa-se as conclusões sobre a relação entre as temáticas de gênero e contratações públicas (tópico V).

¹ A ideia de empoderamento econômico feminino está relacionada a capacidade que as mulheres possuem de tomar decisões que envolvam o controle ou a alocação de recursos financeiros. Assim, ao fazer menção a este termo o principal objetivo é evidenciar a necessidade de realizar reformas estruturais na sociedade para que as mulheres tenham o mesmo direito e acesso aos recursos econômicos, de modo que não haja disparidade no acesso a estes recursos em razão do gênero.

2. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E A QUESTÃO DE GÊNERO

A questão de gênero geralmente é trazida para discussões na sociedade atual a partir de uma perspectiva individual influenciada pelas vivências e experiências de cada mulher, que são amplamente impactadas por questões de classe, raça, orientação sexual, e maternidade, por exemplo. Apesar das discussões sobre gênero sob a perspectiva individual serem de extrema relevância social – até mesmo para que as mulheres percebam as desigualdades e violências que sofrem no dia a dia –, essa questão também pode ser tratada a partir de uma perspectiva econômica.

A desigualdade entre homens e mulheres na sociedade traz impactos econômicos consideráveis: estudo da McKinsey² realizado em 2015 indica que a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres poderia aumentar o Produto Interno Bruto (PIB) mundial entre 12 (doze) e 28 (vinte e oito) trilhões de dólares no período de 10 (dez) anos – até o ano de 2025. Contudo, o *World Economic Forum*³ previu em 2019 que no ritmo atual – ou seja, com as iniciativas e medidas até o momento adotadas pelos países, que visam a equidade entre homens e mulheres – o mundo alcançaria a igualdade de gênero somente daqui a 257 (duzentos e cinquenta e sete) anos.

Portanto, mais do que uma questão individual e social, alcançar a igualdade de gênero é uma questão econômica, que precisa ser endereçada pelos Estados a partir da elaboração e da promoção de políticas públicas que reflitam sobre as diferentes oportunidades e perspectivas para homens e mulheres dentro da sociedade. Até porque, seja como consumidora, trabalhadora ou empreendedora, as mulheres são impactadas pelas diferenças e barreiras existentes.

Interessante notar que a questão de gênero deve ser tratada de maneira transversal na elaboração e na efetivação de políticas públicas. Ou seja, a questão de gênero não deve ser pensada de maneira isolada, sendo essencial que esta ganhe destaque na elaboração das mais diversas políticas públicas, independentemente da temática. Como destaca Marcondes e Farah⁴, a transversalidade da questão de gênero pode ser definida como um “processo de incorporação de perspectivas feministas no enquadramento de política pública, tanto na construção do problema público (diagnóstico), quanto na definição do curso da ação pública (prognóstico)”.

² MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *The Power of Parity: How advancing women’s equality can add \$12 trillion to global growth*. September, 2015.

³ WEF. *It will take 257 more years to close the gender pay gap: Here's why*. December 2019.

⁴ MARCONDES, Mariana Mazzini; FARAH, Marta Ferreira Santos. *Transversalidade de gênero em política pública*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 29, n. 2, e65398, 2021.

Diante deste cenário, diversos organismos e organizações internacionais discutem a temática, que passou a ter cada vez mais relevância no âmbito da comunidade internacional, e ser tratada como prioridade por alguns Estados na elaboração de políticas públicas. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborou em março de 2021 o *policy paper Trade and Gender*⁵. Neste documento, a organização analisou as interações entre comércio e gênero para as mulheres como trabalhadoras, consumidoras e empreendedoras.

Sob o ponto de vista das mulheres como trabalhadoras, a OCDE verificou que as mulheres geralmente trabalham em setores que não são tão voltados para o comércio, como o setor de serviços. Segundo o *policy paper*⁶, isto se deve, em parte, devido às empresas exportadoras darem importância a flexibilidade da jornada de trabalho e às mulheres serem percebidas como pessoas que possuem menor flexibilidade.

Outrossim, sob a perspectiva das mulheres como consumidoras, verifica-se que apesar de as tarifas de importação de bens não serem diferentes em razão de gênero, observa-se que a remoção de barreiras de comércio contribui para a diminuição de preços e para o aumento da variedade de produtos no mercado, de modo que isto gera impactos positivos principalmente nas famílias de menor renda, nas quais as mulheres são maioria.

Por fim, sob a perspectiva das mulheres como empreendedoras, a OCDE⁷ verificou que, independentemente do tamanho, as empresas lideradas por mulheres tendem a participar de menos transações comerciais do que as empresas lideradas por homens. Isto ocorre em parte devido à dificuldade das mulheres em ter acesso a crédito, em terem redes de contatos (*networking*), a menor dedicação à empresa em razão da quantidade de trabalho doméstico não pago que realizam, e a menor experiência no gerenciamento de negócios. Ademais, as empresas lideradas por mulheres, em geral, são menores, mais novas e possuem menor acesso a crédito.

No âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), em 2017, na cidade de Buenos Aires, 127 (cento e vinte e sete) países – incluindo o Brasil – assinaram e se comprometeram a seguir o disposto na Declaração conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres⁸, de modo a compartilhar estratégias para a promoção da igualdade de gênero. Posteriormente, em 2022, foi realizado o *World Trade Congress on Gender*⁹,

⁵ OECD. *Trade and gender: A Framework of analysis*. 246. ed. OECD Trade Policy Paper, March 2021.

⁶ Ibidem. p. 10.

⁷ Ibidem. p. 27.

⁸ WTO. December, 2017. *Joint Declaration on Trade and Women's Economic Empowerment on the Occasion of the WTO Ministerial Conference in Buenos Aires in December 2017*.

⁹ *WORLD TRADE CONGRESS ON GENDER: Gender Equality for Sustainable Trade and Recovery*, 2022, Geneva. 2022.

primeira conferência acadêmica na área de gênero e comércio, que será bienal e tem como objetivo lançar pesquisas conduzidas por especialistas em gênero e comércio, e mostrar novas iniciativas de pesquisa e inovação na área.

Já no bojo da Organização das Nações Unidas (ONU) o Pacto Global da ONU¹⁰ e a ONU Mulheres¹¹ desenvolveram os Princípios para o Empoderamento Econômico das Mulheres (*Women's Empowerment Principles – WEPs*)¹² com base nas melhores práticas internacionais trabalhistas e em direitos humanos. Estes princípios foram pensados como ferramentas para as empresas atingirem os objetivos e metas da Agenda 2030¹³ da ONU relacionados a igualdade de gênero, e a partir deles diversas recomendações sobre como endereçar as questões de gênero foram apresentadas.

Dentre as práticas sugeridas, cabe destacar a aquisição de produtos e serviços considerando a questão de gênero (*gender-responsive procurement*), inserida no princípio 5 para o empoderamento econômico das mulheres: implementar o desenvolvimento de empresas, cadeia de fornecedores e práticas de marketing que empoderem mulheres (*implement enterprise development, supply chain and marketing practices that empower women*). Esta prática destaca a importância da seleção por empresas e pelo Estado na aquisição de bens ou contratação de serviços que considerem o seu impacto no empoderamento econômico feminino e no alcance da igualdade de gênero.

Importante ressaltar que a aquisição de produtos e contratação de serviços considerando a questão de gênero é entendida pela ONU¹⁴ como uma ferramenta poderosa para reforçar o empoderamento econômico feminino, promover a equidade de gênero e construir sociedades mais igualitárias. Isto se deve ao fato do mercado de contratações mundial (*global procurement market*) mover trilhões de dólares e envolver governos, grandes e pequenas

¹⁰ O Pacto Global da ONU é uma iniciativa criada em 2010 com o intuito de chamar as empresas a alinharem suas estratégias e operações aos Dez Princípios universais nas áreas de Direitos Humanos, Trabalho, Meio Ambiente e Anticorrupção e desenvolverem ações que contribuam para o enfrentamento dos desafios da sociedade. Mais informações em: <https://www.pactoglobal.org.br>

¹¹ A ONU Mulheres foi criada em 2010 com o objetivo de unir, fortalecer e ampliar os esforços mundiais em defesa dos direitos humanos das mulheres. Mais informações em: <https://www.onumulheres.org.br>

¹² Os *Women's Empowerment Principles (WEPs)* são princípios que guiam as empresas em como promover a igualdade de gênero e o empoderamento econômico feminino no ambiente de trabalho, na comunidade e no *marketplace*. Mais informações em: <https://www.weps.org>

¹³ A Agenda 2030 para um desenvolvimento sustentável foi elaborada em 2015 e traz 17 (dezessete) objetivos para um desenvolvimento sustentável, assim como 169 (cento e sessenta e nove) objetivos associados. Dentre os objetivos está alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de todas as mulheres e meninas (*Goal 5 - achieve gender equality and empower all women and girls*). Mais informações em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/291/89/PDF/N1529189.pdf?OpenElement>

¹⁴ UN WOMEN AND UN GLOBAL COMPACT OFFICE (Global). *Women's Empowerment Principles (WEPs) Guidance Note: Gender responsive procurement*. 2020.

empresas e organizações, que interagem umas com as outras em trocas comerciais de bens e serviços.

Contudo, como bem explicitado no relatório da OCDE¹⁵, as mulheres empreendedoras não têm as mesmas oportunidades que os homens, de modo que os negócios liderados por mulheres são minoria. Esta desigualdade estrutural e discriminação das mulheres faz com que essas tenham menor acesso a crédito, menor rede de contatos, menos experiência no gerenciamento de empresas e menos recursos para concorrer com outras empresas em processos licitatórios, por exemplo.

Neste contexto, a elaboração de políticas públicas relacionadas à perspectiva de gênero no bojo da aquisição de bens e contratação de serviços pelo Estado por meio de contratações públicas e processos licitatórios é de suma importância, vez que é capaz de contribuir para a promoção do empoderamento econômico feminino e da igualdade de gênero ao garantir acesso igualitário a contratos públicos para empresas lideradas por mulheres e trazer benefícios para toda cadeia de produção.

Assim, é importante que o Estado, em suas contratações públicas, analise o impacto das atividades contratadas para homens e mulheres, e elabore editais e contratos tratando de forma transversal a questão de gênero com o intuito de reduzir as desigualdades, promover o empoderamento econômico feminino e chamar atenção para a temática.

Cabe destacar que a aquisição de bens e contratação de serviços pelo Estado deve considerar a perspectiva de gênero, entretanto, as políticas adotadas com o objetivo de reduzir desigualdades e contribuir para o empoderamento econômico feminino não podem afetar a contratação ao ponto de que a qualidade, eficiência e o custo dos bens adquiridos ou dos serviços contratados sejam comprometidos.

O ideal é que as políticas relacionadas a gênero contribuam para o desenvolvimento de uma sociedade mais igualitária sem que os custos para Estado aumentem exageradamente. Assim, essas políticas devem ser elaboradas com cautela e embasamento em estudos e experiências internacionais, de modo a reduzir as desigualdades e promover o empoderamento econômico feminino, mas sem inviabilizar a aquisição de bens e serviços pelo Estado.

Considerando a necessidade de tratar a questão de gênero de maneira transversal na elaboração de políticas públicas relacionadas a aquisição de bens e contratação de serviços pelo Estado, muitas vezes por meio de procedimentos licitatórios, passa-se a questionar como isto poderia ser feito.

¹⁵ OECD. *Trade and gender: A Framework of analysis*. 246. ed. OECD Trade Policy Paper, March 2021.

Diante do reconhecimento da relevância da questão de gênero no âmbito internacional e das inúmeras recomendações de organismos e organizações internacionais de boas práticas a serem adotadas – tanto em relação ao setor privado, como em relação ao setor público –, diversos Estados passaram a introduzir em seus processos de contratação critérios específicos relacionados ao tema gênero. Neste contexto, um *overview* das políticas adotadas no âmbito internacional – em especial na União Europeia, Suíça, Chile, Colômbia, Argentina e República Dominicana – será apresentado e, em seguida, são apresentadas as iniciativas relacionadas a gênero adotadas pelo Brasil no bojo das licitações e contratações públicas.

3. INICIATIVAS INTERNACIONAIS RELACIONADAS A GÊNERO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A questão de gênero tem se tornado central na elaboração de políticas públicas em diversos países e blocos ao redor do mundo. No âmbito das contratações públicas os diferentes países e blocos buscam adotar políticas econômicas que contribuam para o empoderamento econômico feminino – incentivando o aumento da participação de empresas lideradas por mulheres em processos licitatórios, por exemplo – e a igualdade de gênero¹⁶. Neste contexto, são apresentadas as experiências internacionais da União Europeia, Suíça, Chile, Colômbia, Argentina e República Dominicana relacionadas às temáticas de gênero e de contratações públicas.

A União Europeia possui como um dos seus principais objetivos ser um bloco no qual as pessoas são livres para atingir seus objetivos e possuam oportunidades iguais para alcançá-los, independente do gênero, além de poderem participar igualmente na sociedade. Em consonância com este objetivo, a Comissão Europeia¹⁷ adotou a Estratégia para a Igualdade de Gênero 2020-2025 (*Gender Equality Strategy 2020-2025*)¹⁸, que apresenta objetivos políticos e ações que podem contribuir de maneira significativa para alcançar a igualdade entre homens e mulheres na União Europeia até o ano de 2025. A estratégia destaca que as orientações da Comissão Europeia relacionadas a contratações públicas socialmente responsáveis contribuem

¹⁶ WTO, (Economic Research and Statistics Division). *Trade Policies Supporting Women's Economic Empowerment: Trend in WTO members*. 20/05/2019.

¹⁷ A Comissão ajuda a definir a estratégia geral da União Europeia (UE), propõe novos atos legislativos e políticas da UE, acompanha a respetiva execução e gere o orçamento da UE. Desempenha também um papel importante no apoio ao desenvolvimento internacional e na prestação de ajuda humanitária. Mais informações em: https://commission.europa.eu/index_pt

¹⁸ EUROPEAN COMMISSION. *Gender Equality Strategy: Achievements and key areas for action*. 2020.

para a luta contra a discriminação e para a promoção da igualdade nas contratações e licitações públicas.

Neste contexto, o *European Institute for Gender Equality (EIGE)*¹⁹ entende que a inserção da questão de gênero no âmbito das contratações públicas tem um grande potencial para promoção da igualdade de gênero. Ademais, destaca que a interface entre as temáticas é parte dos esforços para ter compras e licitações públicas sustentáveis e socialmente responsáveis, assim como pode contribuir para o aumento da eficiência dos gastos públicos. Entretanto, a EIGE ressalta que muitos órgãos públicos ainda não têm ciência da possibilidade de endereçar questões de gênero por meio de mecanismos relacionados a contratações públicas, de modo que estudos e guias são essenciais para facilitar a integração entre os temas.

Interessante destacar que o EIGE descreve alguns critérios que poderiam ser adotados pelos Estados ao elaborar políticas públicas relacionadas à aquisição de bens e contratação de serviços, como: critérios de seleção relacionados a gênero, de modo a excluir das contratações empresas que possuam práticas discriminatórias; critérios que beneficiem empresas que abordam a questão de gênero e buscam diminuir a desigualdade entre homens e mulheres; e critérios de avaliação da performance a partir de uma perspectiva que leva em consideração a questão de gênero.

A Suíça também elaborou estratégia para alcançar a igualdade de gênero até 2030, além de adotar medidas concretas para alcançar a igualdade de gênero no âmbito das contratações públicas. Inicialmente, cabe destacar que a Constituição Suíça prevê em seu artigo 8 (3)²⁰ que os homens e mulheres devem ter direitos iguais, de modo que a igualdade deve ser garantida tanto em lei quanto na prática, em especial nas áreas de família, educação, e nos espaços de trabalho. Além disso, o artigo prevê que homens e mulheres têm direito ao mesmo pagamento para trabalhos de igual valor.

¹⁹ O European Institute for Gender Equality (EIGE) é corpo autônomo da União Europeia que foi criado com o intuito de contribuir e fortalecer a promoção da igualdade de gênero, de modo a incluir a questão de gênero em todas as políticas da União Europeia e nas políticas nacionais criadas a partir destas. Ademais, o EIGE tem como objetivo a luta contra a discriminação em razão do sexo, e busca contribuir para aumentar a conscientização dos cidadãos da União Europeia sobre a igualdade de gênero. Mais informações sobre o EIGE estão disponíveis em: <https://eige.europa.eu>.

²⁰ Art. 8 (3) Men and women shall have equal rights. The law shall ensure their equality, both in law and in practice, most particularly in the family, in education, and in the workplace. Men and women shall have the right to equal pay for work of equal value.

Há ainda um Ato Federal sobre Igualdade de Gênero (*Federal Act on Gender Equality (Gender Equality Act – GEA)*)²¹, de 24 de março de 1995. O artigo 3²² deste ato proíbe a discriminação de empregados em razão do seu sexo, seja na contratação, nas condições de trabalho, no salário ou em promoções e progressão de carreira. Já o artigo 4²³ destaca que qualquer assédio relacionado ao sexo da pessoa que afeta a dignidade de pessoa no ambiente de trabalho é considerado discriminatório.

Outrossim, o Ato Federal sobre Licitações e Contratações Públicas (*Federal Act on Public Procurement – PPA*)²⁴, de 21 de junho de 2019, em seu artigo 12 (1)²⁵, prevê que os contratos só podem ser firmados com fornecedores que garantem o tratamento igualitário entre homens e mulheres especialmente no que diz respeito à remuneração, de modo que as autoridades podem verificar se as empresas efetivamente tratam homens e mulheres de maneira igualitária.

À luz dos normativos do país, que proíbem a discriminação entre homens e mulheres, o governo passou a priorizar nas contratações públicas as propostas de empresas que realizam o pagamento de salário com o mesmo valor para homens e mulheres que exercem a mesma função. Com o intuito de verificar se as empresas efetivamente pagavam o mesmo valor para homens e mulheres, o país criou ferramenta específica – denominada Logib – para avaliar a política de pagamento das empresas. No âmbito desta ferramenta gratuita, as empresas com mais de 50 (cinquenta) funcionários devem apresentar informações recentes – com não mais de 36 (trinta e seis) meses – referentes ao salário e ao gênero dos seus empregados²⁶.

²¹ SWITZERLAND. *Federal Act on Gender Equality, de 24 de março de 1995*. (Gender Equality Act, GEA). 24 março 1995.

²² Art. 3 Prohibition of discrimination

1. Employees must not be discriminated against on the basis of their sex, whether directly or indirectly, including on the basis of their marital status, their family situation or, in the case of female employees, of pregnancy.

2. This prohibition applies in particular to hiring, allocation of duties, setting of working conditions, pay, basic and advanced training, promotion and dismissal.

3. Appropriate measures aimed at achieving true equality are not regarded as discriminatory.

²³ Art. 4 Discrimination through sexual harassment – Any harassing behaviour of a sexual nature or other behaviour related to the person’s sex that adversely affects the dignity of women or men in the workplace is discriminatory. Such behaviour includes in particular threats, the promise of advantages, the use of coercion and the exertion of pressure in order to obtain favours of a sexual nature.

²⁴ SWITZERLAND. *Federal Act on Public Procurement, de 21 de junho de 2019*. (PPA). 21 jun. 2019.

²⁵ Art. 12 Compliance with workplace health and safety regulations, terms and conditions of employment, equal pay for men and women, and environmental law

1 For goods, work and services to be provided in Switzerland, the contracting authority shall award a public contract only to tenderers that comply with the workplace health and safety regulations and the terms and conditions of employment applicable at the place of performance, the notification and authorisation duties in accordance with the Federal Act of 17 June 200511 on Measures to Combat Illegal Employment (IEA) and **the provisions on the equal treatment of men and women in terms of equal pay**. (Grifos nossos)

²⁶ WTO, (Economic Research and Statistics Division). *Trade Policies Supporting Women’s Economic Empowerment: Trend in WTO members*. 20/05/2019. P. 7.

Ademais, foi criado órgão responsável por conduzir investigações independentes com o intuito de verificar se as companhias estão de fato pagando o mesmo salário para homens e mulheres que exercem a mesma função – *Federal Office of Gender Equality (FOGE)*. Caso seja identificado que a empresa possui uma política de pagamento discriminatória e não buscou corrigi-la, a proposta da empresa pode ser dispensada da licitação, ou uma penalidade pode ser aplicada a empresa²⁷.

Interessante notar que em 2021 o governo Suíço elaborou pela primeira vez estratégia nacional específica com o objetivo de promover a igualdade de gênero, que deve ser alcançada até 2030. A estratégia foca em 4 (quatro) temas centrais – promover a igualdade de gênero no ambiente de trabalho; contribuir para o equilíbrio entre vida profissional e pessoal; prevenir a violência; e lutar contra a discriminação – e tem como principal objetivo garantir que homens e mulheres participem igualmente na economia, na vida familiar e na sociedade, de modo a fazerem jus a mesma proteção social durante toda a sua vida e perceber o seu potencial em um ambiente livre de discriminação e violência²⁸.

Na América Latina, as políticas públicas na área de contratações públicas relacionadas à questão de gênero recebem destaque no âmbito do documento *Compras públicas con perspectiva de género: Avances y desafíos en América Latina para dinamizar a las empresas lideradas por mujeres como motor de la recuperación post Covid-19*²⁹, produzido pela ONU Mulheres.

O estudo ressalta que na atualidade existem dois modelos utilizados pelos Estados para incentivar a participação de mulheres nas licitações e compras públicas: realizar recomendações para as instituições incentivarem a contratação de empresas lideradas por mulheres; e a inclusão de ações afirmativas nas normas nas quais se estabelece que um percentual das contratações deve ser de empresas lideradas por mulheres.

O Chile, desde 2014, tem elaborado políticas com o objetivo de aumentar a participação das mulheres em contratações públicas. Assim, o país elaborou recomendações para os órgãos públicos incorporarem a questão de gênero nos seus processos de contratação pública, de modo a fomentar a participação de empresas lideradas por mulheres nos certames realizados.

²⁷ Ibidem.

²⁸ THE FEDERAL COUNCIL (Switzerland). *Federal Council adopts national gender equality strategy*. April 2021.

²⁹ ONU MUJERES (América Latina y el Caribe). *Compras Públicas con Perspectiva de Género: Avances y desafíos en América Latina para dinamizar a las empresas lideradas por mujeres como motor de la recuperación post COVID-19*. Maio 2022.

Interessante destacar que o Chile criou certificação específica – *Empresa Mujer* – para que a identificação de empresas lideradas por mulheres nos certames fosse facilitada, sendo que para pessoas físicas basta ser mulher para obter o selo, enquanto pessoas jurídicas precisam comprovar que 50% ou mais da sua propriedade são de mulheres e a pessoa responsável por gerir a empresa é uma mulher³⁰. Ademais, o país passou a permitir que os diferentes órgãos públicos adicionassem em certames com valor menor a 10 (dez) *unidades tributarias mensuales (UTMs)*³¹ a presença do selo como critério de avaliação.

Já a Colômbia elaborou o *Guía de compras públicas socialmente responsables*³², que apresenta recomendações para os órgãos públicos do país no processo de contratações públicas. Dentre as medidas, o guia recomenda a utilização de cláusulas sociais nos contratos elaborados, sendo que, no que concerne à igualdade de gênero e ao empoderamento econômico feminino, propõe a inclusão de cláusulas que exijam a contratação de determinado percentual de mulheres, de modo que estas sejam inseridas na cadeia de produção do produto.

Em relação a Argentina, o documento *Compras públicas con perspectiva de género*³³ apresenta dados referentes a cidade de Buenos Aires, que optou por criar o selo voluntário *Empresa Mujer* com o objetivo promover a participação de mulheres no setor público e fortalecer as pequenas e médias empresas lideradas por mulheres nos processos de contratações públicas realizados pelo governo e órgãos públicos. As empresas que possuem 50% ou mais do controle ou administração do negócio realizado por mulheres, ou que as mulheres possuam 50% ou mais do capital, podem solicitar o selo.

O caso da República Dominicana se difere do Chile, Colômbia e Argentina, pois o país não só faz recomendações às empresas para o alcance da igualdade de gênero nas contratações públicas, mas também inclui ações afirmativas nas normas e estabelece que um percentual das contratações deve ser de empresas lideradas por mulheres. A legislação do país obrigava desde 2008 que 15% do orçamento dos Ministérios destinado a compras servisse para o fomento de pequenas e médias empresas, sendo que este valor aumenta em 20% quando as empresas são lideradas por mulheres³⁴.

³⁰ BID. *Toolkit: Promoción de la mujer en las compras públicas*. August 2018.

³¹ As *unidades tributarias mensuales (UTMs)* correspondem a um valor em dinheiro expresso em pesos e determinado por lei. Este valor é atualizado pelo *índice de precios al consumidor (IPC)*.

³² COLOMBIA. *Guía de compras públicas socialmente responsables*: Colombia Compra Eficiente. 2022.

³³ ONU MUJERES (América Latina y el Caribe). *Compras Públicas con Perspectiva de Género: Avances y desafíos en América Latina para dinamizar a las empresas lideradas por mujeres como motor de la recuperación post COVID-191*. Maio 2022. P. 9-10.

³⁴ ONU MUJERES (América Latina y el Caribe). *Compras Públicas con Perspectiva de Género: Avances y desafíos en América Latina para dinamizar a las empresas lideradas por mujeres como motor de la recuperación post COVID-191*. Maio 2022. P. 8-9.

Em consonância com o disposto na lei, em 2012, a República Dominicana construiu estratégia denominada *Modelo Dominicano de Compras Públicas Sostenibles e Inclusivas* de modo a destacar a necessidade de tratar a questão de gênero transversalmente a outras temáticas com o objetivo de aumentar e tornar a participação de fornecedoras mulheres igual a de fornecedores homens nos processos de compras públicas. Assim, a política adotada pelo país pretende buscar a eliminação de barreiras de acesso e oferecer as mesmas oportunidades para empresas lideradas por homens e/ou mulheres, de modo a identificar com maior facilidade as pequenas e médias empresas lideradas por mulheres e facilitar a sua entrada e permanência no mercado.

Diante da adoção do *Modelo Dominicano de Compras Públicas Sostenibles e Inclusivas*, estudo da ONU Mulheres³⁵ indica que em 2012 somente 2.926 (duas mil novecentas e vinte e seis) mulheres estavam inscritas no banco de dados do país como passíveis de contratação pelo Estado, enquanto em outubro de 2020 cerca de 24% dos cadastrados eram mulheres, o que corresponde a 21.674 (vinte e uma mil seiscentas e setenta e quatro) mulheres como fornecedoras de bens ou serviços.

Portanto, verifica-se que ao redor do mundo diversos países têm adotado medidas na área de contratações públicas que se relacionam com a temática de gênero e objetivam o empoderamento econômico feminino e o alcance da igualdade de gênero. A experiência internacional, em especial daqueles países com contexto político e histórico similar, serve de inspiração para o Brasil adotar cada vez mais medidas relacionadas à questão de gênero. Cabe destacar que o Brasil, nos últimos anos, já elaborou e adotou políticas públicas relevantes relacionadas a gênero, como será exposto no próximo tópico, contudo, ainda são necessárias diversas políticas públicas para alcançar a igualdade de gênero no país.

4. INICIATIVAS BRASILEIRAS RELACIONADAS A GÊNERO E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

A questão de gênero ganhou relevância ao redor do mundo, sendo que há inúmeras recomendações e iniciativas no âmbito internacional que destacam a necessidade de avaliar o tema durante as contratações públicas – seja para aquisição de bens ou contratação de serviços – em conformidade com o exposto no tópico acima. No Brasil não é diferente: ao longo dos

³⁵ Ibidem. P. 8-9.

últimos anos a questão de gênero também passou a ser discutida no bojo das contratações públicas.

No ano de 2005, o Governo Federal, coordenado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres do Ministério das Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos criou o Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça³⁶. As organizações interessadas poderiam se inscrever no programa e deveriam elaborar plano de ação indicando as medidas que pretendiam adotar relacionadas a equidade de gênero e raça de forma transversal e interseccional dentro da organização. Caso cumprissem 70% do plano de ação ganhariam o Selo Pró-Equidade de Gênero e Raça. O programa teve 6 (seis) edições, sendo que a última edição teve início em 2016.

O Senado Federal também foi responsável pela implementação de política pioneira relacionada a medidas que impactam e contribuem para o alcance da igualdade de gênero e do empoderamento econômico feminino no Brasil ao pensar e instaurar o Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar em junho de 2016, por meio do Ato da Comissão Diretora nº 4 de 2016³⁷.

A ideia do programa surgiu após o Senado Federal aderir à campanha beneficente “Com que bolsa eu vou?” promovida pela Secretaria de Trabalho, Desenvolvimento Social, Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos do Governo de Brasília, cujo principal objetivo era arrecadar bolsas, peças de vestuário e itens de higiene pessoal para mulheres que viviam provisoriamente – por até três meses – na Casa Abrigo do Distrito Federal, que abriga mulheres em situação de violência sob grave risco de vida encaminhadas pela rede de enfrentamento à violência – como delegacias ou a Casa da Mulher Brasileira.

No momento da entrega das doações, integrantes da Diretoria-Geral do Senado Federal e da subsecretária-adjunta de Políticas Públicas para as Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos do Governo de Brasília perceberam que apesar dos cursos oferecidos na Casa Abrigo, as mulheres não possuíam oportunidades reais de entrar ou se inserir no mercado de trabalho. Assim, muitas vezes sem condições de se sustentarem, ao sair do abrigo retornavam ao ambiente de violência.

³⁶ Mais informações sobre o programa estão disponíveis em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/mulher-e-trabalho/programa-pro-equidade/5-edicao/guia-operacional.pdf>

³⁷ SENADO FEDERAL. *Ato da Comissão Diretora nº 4, de 22 de junho de 2016*. Institui o Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar. Normas Administrativas do Senado Federal, 22 jun. 2016.

Diante deste cenário, a Diretoria-Geral iniciou as discussões para elaboração e adoção de política pública no âmbito do Senado Federal que pudesse contribuir para a inserção dessas mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em razão de violência doméstica e familiar no mercado de trabalho. Como resultado dessas discussões, foi aprovado o Ato da Comissão Diretora nº 4 de 2016, que institui o Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar³⁸.

Este Ato da Comissão Diretora prevê que os editais de licitação para contratação de empresas para a prestação de serviços continuados ou terceirizados no âmbito do Senado Federal devem conter cláusula estipulando percentual mínimo de 2% das vagas para mulheres em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar, desde que o contrato envolva 50 (cinquenta) ou mais trabalhadores, como se expõe:

Art. 1º Este Ato institui, no âmbito do Senado Federal, o Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar.

§1º Em atendimento ao disposto no caput, os contratos de prestação de serviços continuados e terceirizados do Senado Federal reservarão o percentual mínimo de dois por cento das vagas para mulheres em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar, desde que o contrato envolva cinquenta ou mais trabalhadores, atendida à qualificação profissional necessária.

§2º As empresas prestadoras de serviços continuados e terceirizados realizarão processo seletivo para a contratação das trabalhadoras mediante acesso a cadastro mantido por instituições públicas parceiras do Programa.

§3º A identidade das trabalhadoras contratadas em atendimento ao Programa será mantida em sigilo pela empresa, sendo vedado qualquer tipo de discriminação no exercício das suas funções.

Art 2º Os editais de licitação que visem à contratação de empresas para a prestação de serviços continuados e terceirizados no âmbito do Senado Federal conterão cláusula estipulando a reserva de vagas de que trata o §1º do art. 1º, durante toda a execução contratual.

§1º O disposto no caput aplica-se também às hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para o mesmo objeto.

§2º A cláusula de que trata o caput será exigida para os processos de contratações que tenham início após a publicação deste Ato.

§3º A obrigatoriedade do percentual disposto neste Ato não é cumulativo com o percentual determinado pelo Ato da Comissão Diretora nº 7, de 2014.

Art. 3º A Diretoria-Geral do Senado estabelecerá os procedimentos para cumprimento do disposto neste ato, inclusive quanto à formalização de parcerias com instituições públicas.

Art. 4º Este Ato entra em vigor na data de sua publicação.

³⁸ SENADO FEDERAL. *Ato da Comissão Diretora nº 4, de 22 de junho de 2016*. Institui o Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar. Normas Administrativas do Senado Federal, 22 jun. 2016.

Interessante notar que as empresas selecionadas para prestar serviços continuados e terceirizados ao Senado Federal devem realizar processo seletivo para a contratação de trabalhadoras que estejam em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar, sendo que a identidade dessas trabalhadoras deve ser mantida em sigilo e a empresa não pode discriminar de qualquer forma essas trabalhadoras no exercício das suas funções.

Ademais, com o intuito de facilitar a contratação dessas mulheres, o Ato da Comissão Diretora prevê a criação de cadastro de mulheres em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar mantido por instituições públicas parceiras do Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar.

Posteriormente, o Ato da Diretoria-Geral nº 22 de 2016³⁹ regulamentou o Ato da Comissão Diretora nº 4 de 2016, de modo a prever os procedimentos a serem adotados pelo Senado Federal para concretização da política pública elaborada com o intuito de promover a entrada de mulheres em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar no mercado de trabalho.

Assim, foi definido que o Senado Federal estabeleceria acordo de cooperação com entidade pública responsável pela política de atenção às mulheres vítimas de violência, e esta entidade seria responsável por elaborar lista nominal de mulheres qualificadas para o exercício do serviço a ser prestado, e emitir declaração de que a empresa cumpre com o percentual mínimo de 2% das vagas para mulheres em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar.

Em abril de 2017, o Senado Federal firmou o Acordo de Cooperação Técnica nº 2017/0012⁴⁰ com a Secretaria de Estado do Trabalho, Desenvolvimento Social, Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos do Distrito Federal, que passou a ser responsável por manter cadastro e elaborar relação nominal de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar que estariam aptas a concorrer a vaga no processo seletivo promovido pela empresa a ser contratada pelo Senado Federal.

Cabe destacar que a empresa contratada pelo Senado Federal deve notificar no prazo de 5 (cinco) dias corridos a Secretaria de Estado do Trabalho, Desenvolvimento Social, Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos do Distrito Federal para que esta forneça a lista nominal

³⁹ SENADO FEDERAL (Brasil). *Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar*. 2017.

⁴⁰ *Ibidem*.

das trabalhadoras indicadas. Após o envio da lista, a empresa deve em 15 (quinze) dias corridos selecionar o número de trabalhadoras necessário para cumprir com o percentual mínimo de 2% das vagas para mulheres em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar.

Após a contratação das trabalhadoras pela empresa, a Secretaria de Estado do Trabalho, Desenvolvimento Social, Mulheres, Igualdade Racial e Direitos Humanos do Distrito Federal deve emitir declaração informando que o processo seletivo foi realizado e informar a quantidade de mulheres contratadas, no prazo máximo de 15 (quinze) dias corridos. Importante ressaltar que trimestralmente o Senado Federal encaminha à Secretaria documento com as informações atualizadas do contrato, para que esta possa verificar se o percentual de contratação de mulheres em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar está sendo cumprido.

A iniciativa do Senado Federal para promover a emancipação e a inserção no mercado de trabalho de mulheres em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar influenciou outros órgãos da administração pública federal, estadual e municipal a adotarem políticas públicas semelhantes. A título de exemplo, cita-se o governo do Distrito Federal, e dos estados de Goiás, São Paulo, Santa Catarina, Rio Grande do Norte e Maranhão; e o Ministério Público do Distrito Federal.

Outrossim, o Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar adotado pelo Senado Federal também deu ensejo a inserção de previsão na Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – quanto a possibilidade de o edital exigir percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica, conforme disposto no art. 25, §9º da Nova Lei de Licitações.

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

(...)

§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:

I - mulheres vítimas de violência doméstica;

II - oriundos ou egressos do sistema prisional.

(Grifos nossos)

Portanto, em conformidade com o exposto no estudo *Compras públicas con perspectiva de género: Avances y desafíos en América Latina para dinamizar a las empresas lideradas por*

*mujeres como motor de la recuperación post Covid-19*⁴¹, o Brasil optou por tratar da questão de gênero de maneira a incluir em suas normas a possibilidade de o edital de licitações públicas preverem percentual mínimo de mulheres vítimas de violência doméstica a serem contratadas pelas empresas.

Todavia, este não é o único artigo que aborda a questão de gênero na Nova Lei de Licitações: o art. 60 da Lei determina que no caso de empate entre duas ou mais propostas um dos critérios de desempate seria a adoção pela empresa licitante de práticas que incentivem a equidade entre homens e mulheres. Veja-se:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

(Grifos nossos)

Apesar da inovação, a Nova Lei de Licitações prevê que a adoção pela empresa licitante de práticas que incentivem a equidade entre homens e mulheres como critério de desempate entre duas ou mais propostas ainda deve ser regulamentada. A regulamentação do critério é essencial para que seja possível verificar de forma objetiva se a empresa possui ações efetivas de equidade entre homens e mulheres, além de possibilitar que as medidas adotadas por diferentes empresas participantes do processo licitatório sejam comparadas.

Maceá e Rost⁴² sugerem que as balizas do Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça⁴³ e a obtenção do Selo Pró-Equidade de Gênero e Raça podem inspirar e contribuir para o estabelecimento de critérios para o governo verificar de forma objetiva se a empresa possui ações efetivas de equidade entre homens e mulheres, vez que o programa está em funcionamento desde 2005.

⁴¹ ONU MUJERES (América Latina y el Caribe). *Compras Públicas con Perspectiva de Género: Avances y desafíos en América Latina para dinamizar a las empresas lideradas por mujeres como motor de la recuperación post COVID-19*. Maio 2022.

⁴² MARCONDES MACEÁ, Clarissa; ROST, Maria Augusta. Licitação tem gênero? As regras da nova lei: Nova Lei de Licitações traz duas inovações no que se refere à pauta de gênero. *JOTA*, 22 abr. 2021.

⁴³ Mais informações sobre o programa estão disponíveis em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/mulher-e-trabalho/programa-pro-equidade/5-edicao/guia-operacional.pdf>

Cabe destacar que os principais *benchmarkings*, as sugestões de boas práticas dos principais organismos e organizações internacionais, além da experiência de outros países no âmbito internacional, também podem contribuir para a regulamentação do critério de desempate relacionado ao desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres.

Deste modo, verifica-se que a Nova Lei de Licitações – em especial quando comparada com a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que não fazia qualquer menção às questões de gênero – inova ao se preocupar com a busca pelo empoderamento econômico feminino e a igualdade de gênero, e abordar a questão de gênero, em consonância com os principais *benchmarkings*, e as sugestões de boas práticas dos principais organismos e organizações internacionais. Assim, ao prever a possibilidade de um edital de licitação exigir que um percentual mínimo de trabalhadores contratados seja de mulheres vítimas de violência doméstica, e ao prever como critério de desempate entre as propostas o desenvolvimento de ações que promovam a igualdade entre homens e mulheres, a Nova Lei de Licitações traz um grande avanço.

Todavia, os esforços do Brasil em busca do empoderamento econômico feminino e da igualdade de gênero em áreas relacionadas a licitações e compras públicas não pode se limitar ao disposto nos artigos da Nova Lei de Licitações. A desigualdade entre homens e mulheres é não só uma questão social, mas também econômica, de modo que a inserção de empresas lideradas por mulheres no mercado, e de mulheres trabalhadoras no mercado de trabalho traz consequências não só sociais, mas também econômicas, impactando o PIB do país.

Portanto, considerando que no ritmo atual de iniciativas e medidas adotadas ao redor do mundo a igualdade de gênero só seria alcançada daqui a 257 (duzentos e cinquenta e sete) anos, a questão de gênero deve continuar a ser discutida pelo Estado. Assim, apesar dos avanços relacionados às contratações públicas que consideram a questão de gênero (*gender-responsive procurement*) ao longo dos últimos anos, a temática deve continuar a ter destaque na elaboração de políticas públicas, com o objetivo de alcançar a igualdade de gênero.

5. CONCLUSÕES

A questão de gênero é não só social, mas também econômica, de modo que alcançar a igualdade entre homens e mulheres poderia trazer imensos ganhos econômicos – segundo estudo da McKinsey⁴⁴ realizado em 2015 o PIB mundial poderia aumentar entre 12 (doze) e 28

⁴⁴ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. **The Power of Parity**: How advancing women's equality can add \$12 trillion to global growth. September, 2015.

(vinte e oito) trilhões de dólares em 10 (dez) anos. Contudo, alcançar a igualdade de gênero ainda é realidade distante, como previu o *World Economic Forum*⁴⁵ em 2019.

Diante da importância da questão de gênero e da insuficiência das medidas até então adotadas, diversas organizações e organismos internacionais ressaltam a importância de os Estados tratarem o tema de modo transversal na elaboração e efetivação de políticas públicas, além de apresentarem recomendações de medidas que podem ser adotadas pelos países com o objetivo de alcançarem a igualdade de gênero e promoverem o empoderamento econômico feminino.

A OCDE elaborou *policy paper* que analisa as interações entre comércio e gênero para as mulheres como empreendedoras, de modo a concluir que independentemente do tamanho, as empresas lideradas por mulheres tendem a participar de menos transações comerciais do que as empresas lideradas por homens. Isto ocorre em parte devido a dificuldade das mulheres em ter acesso a crédito, a menor dedicação à empresa em razão da quantidade de trabalho doméstico não pago que realizam, e a menor experiência no gerenciamento de negócios.

No âmbito da OMC, em 2017 na cidade de Buenos Aires, 127 (cento e vinte e sete) países – incluindo o Brasil – assinaram e se comprometeram a seguir o disposto na Declaração conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres⁴⁶. Outrossim, a organização tem fomentado discussões e pesquisas sobre o tema ao organizar conferência na área de gênero e comércio.

Já o Pacto Global da ONU e a ONU Mulheres desenvolveram os Princípios para o Empoderamento Econômico das Mulheres (*WEPEs*) com base nas melhores práticas internacionais trabalhistas e em direitos humanos. O objetivo é que os princípios sejam ferramentas para as empresas atingirem os objetivos e metas da Agenda 2030 da ONU relacionados à igualdade de gênero.

Essas recomendações e orientações dos principais organismos e organizações internacionais devem servir de parâmetro não só para o setor privado, mas também para o setor público. Assim, é importante que os Estados estejam atentos aos estudos mais recentes sobre o tema para a elaboração de políticas públicas relacionadas à perspectiva de gênero, em especial no âmbito das contratações públicas, que possuem grande potencial para incentivar o empoderamento econômico feminino e contribuir para a igualdade de gênero.

⁴⁵ O *World Economic Forum* previu em 2019 que no ritmo atual o mundo alcançaria a igualdade de gênero somente daqui a 257 (duzentos e cinquenta e sete) anos.

⁴⁶ WTO. December 2017. *Joint Declaration on Trade and Women's Economic Empowerment on the Occasion of the WTO Ministerial Conference in Buenos Aires in December 2017*. December 2017.

Neste contexto, em consonância com as recomendações dos principais organismos e organizações internacionais, diversos países adotaram políticas públicas relacionadas a gênero no âmbito das contratações.

A União Europeia optou por pensar em estratégias de longo prazo com o intuito de alcançar a igualdade entre homens e mulheres, de modo que os países são incentivados a elaborar políticas públicas relacionadas à aquisição de bens e contratação de serviços com critérios de seleção relacionados a gênero. Já a Suíça, apesar de também ter elaborado estratégia de longo prazo, prioriza nas contratações públicas as propostas de empresas que realizam o pagamento de salário com o mesmo valor para homens e mulheres que exercem a mesma função, sendo que possui ferramentas para verificar se as empresas efetivamente pagam a mesma remuneração para homens e mulheres.

Na América Latina, o Chile e a Argentina criaram certificação específica para que a identificação de empresas lideradas por mulheres nos certames fosse facilitada, de modo a promover a participação de empresas lideradas por mulheres no setor público. Na Colômbia e no Chile, foram criados guias de recomendações para os órgãos públicos do país no processo de contratações públicas fomentarem a participação de mulheres nos certames realizados. Por fim, a República Dominicana elaborou estratégia de longo prazo para que a questão de gênero fosse tratada de maneira transversal, além de incluir ações afirmativas nas normas e estabelecer que um percentual das contratações deve ser de empresas lideradas por mulheres.

No Brasil a questão de gênero também se tornou relevante na elaboração de políticas públicas. Em 2005, foi criado o Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça⁴⁷, de modo que as empresas que cumprissem com 70% das metas estipuladas relacionadas a equidade de gênero e raça de forma transversal e interseccional dentro das empresas ganhariam o Selo Pró-Equidade de Gênero e Raça.

Outrossim, o Senado Federal, em 2016, implementou o Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar, que previa que as contratações realizadas pelo órgão deveriam conter cláusula estipulando percentual mínimo de 2% das vagas para mulheres em situação de vulnerabilidade econômica decorrente de violência doméstica e familiar.

Por fim, em 2021, a Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – previu a possibilidade de o edital exigir percentual mínimo de mão de obra constituída por

⁴⁷ Mais informações sobre o programa estão disponíveis em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/arquivo/assuntos/mulher-e-trabalho/programa-pro-equidade/5-edicao/guia-operacional.pdf>

mulheres vítimas de violência doméstica, inspirada no programa implementado pelo Senado Federal. Ademais, a lei prevê que no caso de empate entre duas ou mais propostas um dos critérios de desempate seria a adoção pela empresa licitante de práticas que incentivem a equidade entre homens e mulheres, que ainda precisa ser regulamentado.

Ante as recomendações dos organismos e organizações internacionais, além das iniciativas adotadas por outros países e pelo Brasil, verifica-se que a questão de gênero se tornou cada vez mais importante na elaboração de políticas públicas, em especial nas contratações públicas que possuem grande potencial de contribuição para o empoderamento econômico feminino e para a igualdade de gênero.

Todavia, os esforços e medidas adotadas ainda são insuficientes, de modo que a luta pela igualdade de gênero e pelo empoderamento econômico ainda está longe de acabar. Portanto, é necessário que a sociedade comemore os avanços atuais, mas continue a cobrar dos Estados políticas públicas que contribuam para o avanço da pauta de gênero, de modo que esta esteja presente de forma cada vez mais transversal no âmbito das políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). *Toolkit: Promoción de la mujer en las compras públicas*. August 2018. Disponível em: <https://publications.iadb.org/es/toolkit-promocion-de-la-mujer-en-las-compras-publicas>. Acesso em: 3 fev. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, 1 abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 25 jan. 2023.

COLOMBIA. *Guía de compras públicas socialmente responsables: Colombia Compra Eficiente*. 2022. Disponível em: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_cp_socialmente_responsables.pdf. Acesso em: 3 fev. 2023.

EUROPEAN COMMISSION. *Gender Equality Strategy: Achievements and key areas for action*. 2020. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_en. Acesso em: 3 fev. 2023.

MARCONDES MACEÁ, Clarissa; ROST, Maria August. Licitação tem gênero? As regras da nova lei: Nova Lei de Licitações traz duas inovações no que se refere à pauta de gênero. *JOTA*, 22 abr. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/licitacao-tem-genero-as-regras-da-nova-lei-22042021>. Acesso em: 3 fev. 2023.

MARCONDES, Mariana Mazzini; FARAH, Marta Ferreira Santos. *Transversalidade de gênero em política pública*. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 29, n. 2, e65398, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/BD9QvBcJRddcQKgtCGjyNwv/>. Acesso em: 10 março 2023.

MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE. *The Power of Parity: How advancing women's equality can add \$12 trillion to global growth*. September, 2015. Disponível em:

https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/public%20and%20social%20sector/our%20insights/how%20advancing%20womens%20equality%20can%20add%2012%20trillion%20to%20global%20growth/mgi%20power%20of%20parity_full%20report_september%202015.pdf. Acesso em: 4 fev. 2023.

ONU MUJERES (América Latina y el Caribe). *Compras Públicas con Perspectiva de Género: Avances y desafíos en América Latina para dinamizar a las empresas lideradas por mujeres como motor de la recuperación post COVID-19*. Maio 2022. Disponível em: https://lac.unwomen.org/sites/default/files/2022-05/ES_BriefComprasPublicasPerspectivaGenero_30MAR2022.pdf. Acesso em: 3 fev. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Trade and gender: A Framework of analysis*. 246. ed. OECD Trade Policy Paper, March 2021. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/trade-and-gender_6db59d80-en. Acesso em: 10 jan. 2023.

SENADO FEDERAL. *Ato da Comissão Diretora nº 4, de 22 de junho de 2016*. Institui o Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar. Normas Administrativas do Senado Federal, 22 jun. 2016. Disponível em: <https://adm.senado.leg.br/normas/ui/pub/normaConsultada;jsessionid=AAE0FA6802181AA2A3AFD0DB08E601C8.tomcat-1?0&idNorma=13802150>. Acesso em: 3 fev. 2023.

SENADO FEDERAL (Brasil). *Programa de Assistência a Mulheres em situação de vulnerabilidade econômica em decorrência de violência doméstica e familiar*. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/responsabilidade-social/equidade/pages/pdfs/programa-de-assistencia-a-mulheres-em-situacao-de-vulnerabilidade-economica-em-decorrencia-da-violencia-domestica-e-familiar>. Acesso em: 3 fev. 2023.

SWITZERLAND. *Federal Act on Gender Equality, de 24 de março de 1995*. (Gender Equality Act, GEA). 24 março 1995. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1996/1498_1498_1498/en. Acesso em: 3 fev. 2023.

SWITZERLAND. *Federal Act on Public Procurement, de 21 de junho de 2019*. (PPA). 21 jun. 2019. Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/126/en>. Acesso em: 3 fev. 2023.

THE FEDERAL COUNCIL (Switzerland). *Federal Council adopts national gender equality strategy*. April 2021. Disponível em: https://www.ebg.admin.ch/ebg/en/home/the-foge/nsb-news_list.msg-id-83294.html. Acesso em: 3 fev. 2023.

UN WOMEN AND UN GLOBAL COMPACT OFFICE (Global). *Women's Empowerment Principles (WEPs) Guidance Note: Gender responsive procurement*. 2020. Disponível em: https://www.weps.org/sites/default/files/2020-12/WEPs_GUIDANCE_Gender_responsive_procurement.pdf. Acesso em: 18 jan. 2023.

WORLD ECONOMIC FORUM (WEF). *It will take 257 more years to close the gender pay gap: Here's why*. December 2019. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2019/12/global-economic-gender-pay-gap-equality-women-parity-pay/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

WORLD TRADE CONGRESS ON GENDER: Gender Equality for Sustainable Trade and Recovery, 2022, Geneva, 2022. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/womenandtrade_e/women_05122022_e/women_05122022_e.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO). December 2017. *Joint Declaration on Trade and Women's Economic Empowerment on the Occasion of the WTO Ministerial Conference in Buenos Aires in December 2017*. December 2017. Disponível em:

https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc11_e/genderdeclarationmc11_e.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO) (Economic Research and Statistics Division). *Trade Policies Supporting Women's Economic Empowerment: Trend in WTO members*. 20/05/2019. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201907_e.pdf. Acesso em: 18 jan. 2023.

2. SUBSÍDIOS ESTRANGEIROS E OS DESAFIOS DAS MEDIDAS DE DEFESA COMERCIAL NO COMÉRCIO INTERNACIONAL

2. FROM FOREIGN SUBSIDIES AND THE CHALLENGES OF TRADE DEFENSE MEASURES IN INTERNATIONAL TRADE

Claudia Natalina Portal de Matos

Diogo Augusto Vidal Padre

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Defesa Comercial: Regulamentação e Remédios para Práticas Comerciais Desleais 3. Novo Regulamento Europeu sobre Subsídios Estrangeiros 3.1. A Jornada da União Europeia para Regular os Subsídios Estrangeiros: Antecedentes e Desenvolvimento 3.2. Definições e Conceitos no Novo Regulamento Europeu sobre Subsídios Estrangeiros 3.3. Procedimento de Investigação de Subsídios Estrangeiros 4. Possíveis Repercussões para Empresas Estrangeiras, incluindo as Brasileiras 5. Considerações finais.

RESUMO: O artigo analisa o impacto dos subsídios estrangeiros no comércio internacional e avalia a eficiência das medidas de defesa adotadas por países da União Europeia (UE) e o Brasil na proteção do comércio contra seus efeitos negativos. A partir de uma revisão da literatura relevante e do estudo do Novo Regulamento Europeu sobre Subsídios Estrangeiros e da Portaria SECEX nº 172/2022, nota-se que os subsídios estrangeiros representam um desafio para o comércio internacional, pois causam distorções no comércio. A UE e o Brasil enfrentaram a questão dos subsídios estrangeiros por meio de regulamentações, mas é necessário mais tempo para avaliar a eficiência dessas medidas na prática.

Palavras-chave: Subsídios estrangeiros; Comércio internacional; Regulamento Europeu sobre Subsídios Estrangeiros; União Europeia; Brasil.

ABSTRACT: The article analyzes the impact of foreign subsidies on international trade and evaluates the effectiveness of defense measures adopted by countries such as the European Union (EU) and Brazil in protecting trade against its negative effects. Through a review of relevant literature and a study of the New European Regulation on Foreign Subsidies and SECEX Ordinance No. 172/2022, the article concludes that foreign subsidies represent a challenge to international trade, causing trade distortions. The EU and Brazil have addressed the issue of foreign subsidies through regulations, but more time is needed to evaluate the effectiveness of these measures in practice.

Keywords: Foreign subsidies; International trade; European Regulation on Foreign Subsidies; European Union; Brazil.

1. INTRODUÇÃO

A concorrência justa no comércio internacional é fundamental para o crescimento econômico. Embora o livre comércio internacional estimule a eficiência econômica, inovação, produção de bens e serviços de qualidade e preços acessíveis, além de evitar a monopolização de mercados, ele não é um processo sem obstáculos. Muitos países recorrem a medidas protecionistas, como os subsídios, ajudas financeiras concedidas pelos governos às empresas. Essas ajudas podem distorcer a concorrência e prejudicar empresas e países não subsidiados, resultando em desigualdades no comércio internacional.

A Organização Mundial do Comércio (OMC), a União Europeia (UE) e países como o Brasil, há décadas, regulamentaram os subsídios para proteger a concorrência no comércio internacional e minimizar seus efeitos negativos na economia. No entanto, uma nova modalidade de subsídio surgiu mais recentemente: os subsídios estrangeiros, que são contribuições financeiras que são concedidas, direta ou indiretamente, por um país terceiro a uma empresa que exerce atividades econômicas no mercado interno europeu, incluindo transferência de fundos ou passivos, isenções fiscais, fornecimento ou aquisição de bens ou serviços, entre outras. As subvenções estrangeiras podem distorcer o mercado interno quando são suscetíveis de melhorar a posição concorrencial de uma empresa estrangeira no mercado interno.

Os subsídios estrangeiros têm se tornado uma ameaça crescente para a concorrência no comércio internacional, levando a UE e o Brasil a regulamentarem a questão. Mas essas medidas são capazes de proteger o livre comércio contra seus efeitos negativos? O objetivo deste artigo é analisar o impacto dos subsídios estrangeiros e avaliar a eficiência das medidas de defesa da concorrência adotadas por países do bloco europeu e o Brasil. A hipótese inicial é que os subsídios estrangeiros são de fato uma ameaça crescente para a concorrência no comércio internacional e que as medidas de defesa adotadas por países da UE e o Brasil são necessárias e podem ajudar a proteger o livre comércio contra seus efeitos negativos.

A investigação será baseada em revisão da bibliografia relevante sobre o tema e o estudo do Regulamento (UE) 2022/2560 do Parlamento Europeu e do Conselho, que trata dos subsídios estrangeiros no âmbito da União Europeia, e da Portaria da Secretária de Comércio Exterior nº 172, de 14 de fevereiro de 2022, que regulamentou a questão no Brasil. Espera-se que os resultados deste estudo possam contribuir para a compreensão desses desafios e soluções adotadas e, assim, avaliar a eficiência das medidas de defesa.

O artigo possui cinco seções, incluindo a introdução. A segunda parte analisa as práticas comerciais desleais abrangidas pela Organização Mundial do Comércio (OMC) por meio de medidas de defesa comercial como antidumping, compensatórias e salvaguardas, além de apresentar as regulamentações brasileiras a respeito. A terceira seção aborda o Novo Regulamento Europeu sobre Subsídios Estrangeiros, destacando o processo regulatório e sua aplicação, incluindo conceitos e definições, bem como os procedimentos de investigação de subsídios estrangeiros. A quarta parte apresenta as implicações para empresas estrangeiras, incluindo as brasileiras, do referido regulamento, que visa proteger o mercado interno da UE contra práticas comerciais desleais. Por fim, a última seção apresenta as conclusões.

2. DEFESA COMERCIAL: REGULAMENTAÇÃO E REMÉDIOS PARA PRÁTICAS COMERCIAIS DESLEAIS

As Medidas de Defesa Comercial estão previstas nas normas da Organização Mundial do Comércio (OMC) e visam coibir práticas comerciais desleais e surtos repentinos de importações que podem provocar efeitos danosos e irreversíveis no mercado interno de um país. Para tanto, existem três remédios de defesa comercial para tentar sanar essas práticas: medidas *antidumping*, medidas compensatórias e medidas salvaguardas. Cabe ressaltar, que somente as duas primeiras são utilizadas contra práticas de comércio consideradas desleais (SDCOM, 2021).

A OMC possui três acordos multilaterais para aplicação de seus países membros: “Acordo *Antidumping*”, “Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias” e “Acordo sobre Salvaguardas”. E cada país membro define seu próprio regulamento que deve estar em consonância com as regras acordadas multilateralmente no Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (GATT 1994), aprovado pelo Decreto Legislativo nº 30, de 15 de dezembro de 1994, promulgado pelo Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, e na Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995 (SDCOM, 2021).

No Brasil, o Decreto 8.058, de 26 de julho de 2013 regulamenta os procedimentos administrativos relativos à investigação e à aplicação de medidas *antidumping*. O artigo 7º deste decreto define a prática de *dumping* como “a introdução de um produto no mercado doméstico brasileiro, inclusive sob as modalidades de *drawback*, a um preço de exportação inferior ao seu valor normal”. Nesse caso, as medidas *antidumping* devem ser aplicadas quando for comprovado que as importações a preços de *dumping* contribuíram (nexo causal), significativamente, para o dano sofrido pela indústria doméstica.

Os subsídios e as medidas compensatórias são tratados pelo Decreto 10.839, de 18 de outubro de 2021. Em linhas gerais, o seu art. 9º, incisos I e II, considera a prática de subsídio quando “*um benefício é conferido em função de existir contribuição financeira por governo ou órgão público, no território do país exportador, doravante governo*”, e “*de existir, no país exportador, qualquer forma de sustentação de renda ou de preços que, direta ou indiretamente, contribua para aumentar exportações ou reduzir importações de qualquer produto*”. Nesse sentido, as investigações antissubsídios (ou medidas compensatórias) se destinam a combater práticas de comércio desleal que envolvem a concessão de subsídios por parte de governos (SDCOM, 2022).

O Decreto 10.839/2021 ainda regulamenta o surto de importações que causa ou ameaça causar dano grave à indústria nacional de bens similares ou diretamente concorrentes. Nesses casos, é possível aplicar medidas de salvaguarda ao produto importado, independentemente da origem, para dar tempo à indústria prejudicada se ajustar. Nesses casos, não há direito individualizado para cada produtor ou exportador, pois o aumento de importações não é decorrente de práticas comerciais desleais (SDCOM, 2021).

Os subsídios estrangeiros são auxílios financeiros concedidos por um país a empresas ou instituições em outro país, que podem ser diretos ou indiretos. Eles são utilizados com o objetivo de melhorar a competitividade de empresas ou setores, estimular o desenvolvimento econômico, incentivar a inovação tecnológica, entre outros. No entanto, devido ao seu potencial para prejudicar a concorrência em mercados internacionais, os subsídios estrangeiros estão regulamentados por muitos países.

Subsídios são práticas difíceis de serem coibidas. De acordo com o Relatório de Análise de Impacto Regulatório 2022, referente à regulamentação do Decreto 10.839/2021, apenas 26 dos 164 membros da OMC já iniciaram investigações antissubsídios, sendo que 80% dessas investigações foram iniciadas por apenas quatro membros (Estados Unidos, União Europeia, Canadá e Austrália) (EU, 2020). Como a prática de subsídios envolve um país terceiro, eles são chamados de subsídios estrangeiros. No Brasil, esses subsídios estão regulamentados pelo art. 112 da Portaria SECEX Nº 172, de 14 de fevereiro de 2022.

Na Europa, onde o comércio é responsável por quase 35% do PIB da UE e 35 milhões de empregos europeus estão ligados às exportações (EU, 2020), há preocupação com a prática de subsídios estrangeiros, especialmente após o caso China e Egito, quando o Governo do Egito concedeu subsídios a empresas chinesas na Zona Econômica do Canal de Suez (*SCZone*). A Comissão Europeia recorreu às normas de direito internacional para estabelecer medidas compensatórias pelos subsídios estrangeiros praticados por China e Egito (EU, 2020). Na

Europa, existe um conjunto único de regras que garantem condições de concorrência equitativas, mas os subsídios estrangeiros podem causar distorções no mercado interno europeu.

O desafio de subsídios estrangeiros prejudicando a concorrência no comércio internacional levou à publicação, em 14 de dezembro de 2022, do Regulamento (UE) 2022/2560 do Parlamento Europeu e do Conselho, em vigor a partir de 12 de janeiro de 2023, visando combater subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno.

3. NOVO REGULAMENTO EUROPEU SOBRE SUBSÍDIOS ESTRANGEIROS

A União Europeia visa um mercado único forte, aberto e competitivo para a sua prosperidade comercial. As regras de concorrência da União Europeia desempenham um papel importante na garantia de condições justas de concorrência para todas as empresas no mercado único. No entanto, o mercado único europeu sofria de uma lacuna regulatória, uma vez que as subvenções concedidas pelos governos de países terceiros não eram controladas, enquanto as subvenções concedidas pelos Estados-Membros estão sujeitas a um rigoroso controle. As ferramentas existentes não se aplicam aos subsídios estrangeiros e os seus beneficiários obtinham uma vantagem injusta frente às empresas não subvencionadas.

As subvenções estrangeiras podem comprometer as condições de concorrência equitativas na União, sejam elas utilizadas para financiar atividades econômicas no mercado interno, sejam utilizadas para concentrações que resultam em mudanças no controle de empresas europeias, ou sejam utilizadas para conceder contratos a operadores econômicos que recebem subvenções estrangeiras.

Até recentemente, não existiam instrumentos na União Europeia destinados a combater as distorções causadas por subvenções estrangeiras. O Acordo da OMC sobre as Subvenções e as Medidas de Compensação permitem que a União inicie um mecanismo de resolução de litígios entre Estados em relação a subvenções estrangeiras concedidas por membros da OMC e limitadas a bens, mas não cobrem subvenções concedidas na forma de investimentos subvencionados ou serviços e fluxos financeiros.

O Novo Regulamento Europeu sobre Subsídios Estrangeiros aborda esta lacuna regulatória, com o objetivo de assegurar condições de concorrência equitativas no mercado interno europeu. O regulamento tem em vista a prevenção de distorções no mercado causadas por subvenções estrangeiras, sejam elas concedidas diretamente a empresas privadas ou indiretamente por meio de empresas públicas controladas ou detidas por um Estado.

O Novo Regulamento complementa os atuais instrumentos da União Europeia, fornecendo um novo instrumento destinado a combater de forma eficaz as distorções causadas por subvenções estrangeiras. O regulamento é aplicável a todos os Estados-Membros da União Europeia e abrange todos os setores econômicos, incluindo os de interesse estratégico para a União, como infraestruturas críticas, tecnologias inovadoras etc.

Esta seção está dividida em três subseções. A subseção 3.1 descreve os passos da União Europeia para regulamentar os subsídios estrangeiros, incluindo o processo que levou à aprovação da regulamentação e as etapas subsequentes para sua aplicação. A subseção 3.2 trata das definições e conceitos no regulamento da União Europeia sobre subsídios estrangeiros e a subseção 3.3 apresenta os Procedimentos de Investigação de Subsídios Estrangeiros.

3.1. A JORNADA DA UNIÃO EUROPEIA PARA REGULAMENTAR OS SUBSÍDIOS ESTRANGEIROS: ANTECEDENTES E DESENVOLVIMENTO

O *leading case*, decidido no Regulamento de Execução 2020/776 da Comissão Europeia (Commission Implementing Regulation 2020/776), versava sobre as importações de determinados têxteis tecidos e/ou agulhados em fibra de vidro originários da República Popular da China e do Egito. No caso em discussão, o Governo do Egito concedeu subsídios a empresas chinesas instaladas na Zona Econômica do Canal de Suez (*Suez Canal Economic Zone - SCZone*). Esses subsídios incluem, principalmente, a concessão de terrenos e reduções fiscais. O objetivo da criação da *SCZone* é atrair investimentos estrangeiros e desenvolver a economia do Egito, proporcionando incentivos fiscais e outras vantagens para empresas instaladas na área, incluindo empresas chinesas.

A Comissão Europeia instaurou inquérito antissubvenções para investigar as importações de têxteis tecidos e/ou agulhados em fibra de vidro (TFV) originários da China e do Egito. O governo do Egito e o governo da China argumentaram que não havia justificativa legal para serem responsabilizados por conceder subsídios. O Egito afirmou que se tratava de uma empresa estrangeira, enquanto a China argumentou que as empresas em questão estavam localizadas no Egito, e, portanto, os bens produzidos eram originários do Egito e não da China.

Entretanto, a Comissão Europeia decidiu que os subsídios concedidos pelo governo chinês para as empresas de fibra de vidro localizadas no Egito são considerados como parte do planejamento de desenvolvimento econômico da China, já que essas empresas estão incluídas em uma zona de cooperação econômica e política entre os dois países e os materiais de fibra de vidro estavam incluídos no 13º Plano Quinquenal da China para o desenvolvimento.

De acordo com Rocha e Pinheiro (2022), a Comissão Europeia recorreu às normas gerais de direito internacional (especialmente os dispositivos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados sobre responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos) para a instituição das medidas compensatórias pelos subsídios estrangeiros praticados pelos países China e Egito.

Após esse caso, os subsídios transacionais entraram no radar da União Europeia. O processo de construção do Regulamento Europeu sobre subsídios estrangeiros foi resultado de um processo que incluiu um *White Paper* sobre subsídios estrangeiros, uma consulta pública de 14 semanas, uma avaliação de impacto, uma consulta direcionada e um parecer positivo do Conselho de Fiscalização da União Europeia.

Em 5 de maio de 2021, a Comissão Europeia apresentou uma proposta de regulamentação e em 30 de junho de 2022, o Conselho da União Europeia e o Parlamento Europeu chegaram a um acordo político sobre a regulamentação. A regulamentação foi aprovada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Europeia em 14 de dezembro de 2022, e entrou em vigor desde 12 de janeiro de 2023.

De Smijter (2023) afirma que o ritmo do processo legislativo indicou o comprometimento dos legisladores europeus em garantir a proteção às condições justas no mercado único da UE, a fim de contrapor as distorções geradas por subsídios ilegais por parte de Estados fora da UE.

A partir de 12 de julho de 2023, o Novo Regulamento entrará em vigor, permitindo que a Comissão inicie investigações *ex officio*. A obrigação de notificação das empresas, no entanto, só começará a valer a partir de 12 de outubro de 2023.

3.2. DEFINIÇÕES E CONCEITOS NO NOVO REGULAMENTO EUROPEU SOBRE SUBSÍDIOS ESTRANGEIROS

Como supramencionado, de acordo o Novo Regulamento Europeu, um subsídio transnacional é uma contribuição financeira concedida direta ou indiretamente por um país terceiro que confere um benefício a uma empresa que atua no mercado interno europeu e é limitada a uma ou mais empresas ou setores. As contribuições financeiras incluem transferências de fundos, renúncia a receitas, fornecimento de bens ou serviços, entre outros.

Esses benefícios podem ser concedidos pelo governo central, autoridades públicas, entidades públicas estrangeiras ou entidades privadas, cujos atos possam ser atribuídos ao país terceiro. A atribuição deve ser feita levando em conta todas as circunstâncias relevantes,

incluindo as características da entidade e o enquadramento legal e econômico no Estado em que a entidade opera.

O regulamento ainda estabelece duas situações especiais em que os subsídios estrangeiros podem prejudicar a concorrência equitativa no mercado interno da União Europeia:

1. Concentração subvencionada: É a operação pela qual uma empresa estrangeira adquire uma empresa na União Europeia, quando essa operação é financiada por subvenções estrangeiras. Essas subvenções tornam mais fácil para o adquirente financiar a aquisição e oferecer uma proposta mais atrativa do que seus competidores. Além disso, a concentração pode levar a uma redução da diversidade econômica e a um aumento da dominância de algumas empresas no mercado interno.
2. Contratação pública: É o processo por meio do qual uma autoridade contratante, geralmente uma entidade governamental, seleciona a melhor proposta para a realização de um projeto ou fornecimento de bens ou serviços mediante uma licitação aberta. A participação de empresas, públicas ou privadas, apoiadas por subvenções de governos estrangeiros pode levar a distorções no mercado, pois elas podem oferecer preços ou condições melhores que não seriam possíveis sem o apoio financeiro.

O Regulamento presume que o subsídio é distorcivo quando um subsídio estrangeiro pode melhorar a posição concorrencial de uma empresa no mercado interno e prejudicar a concorrência. A existência de distorção no mercado interno é determinada com base em indicadores, incluindo o montante da subvenção, a natureza da subvenção, a situação da empresa, entre outros.

Nenhuma concentração que precisa ser notificada pode ser realizada antes de ser notificada à Comissão Europeia. Está sujeita a notificação toda concentração em que pelo menos uma das empresas envolvidas está estabelecida na União e gera um volume de negócios total na União de pelo menos €500 milhões, e as empresas envolvidas receberam contribuições financeiras superiores a €50 milhões nos três anos anteriores à transação. Algumas situações são excluídas da definição de concentração, incluindo operações realizadas por empresas de participação financeira, aquisições feitas por instituições financeiras a título temporário, e aquisições feitas por uma pessoa mandatada pela autoridade pública.

Também deve ser notificada a licitação em que o valor estimado da contratação pública excede €250 milhões e o operador econômico e seus subcontratantes e fornecedores envolvidos receberam contribuições financeiras totais superiores a €4 milhões de um país terceiro nos

últimos três anos. A autoridade responsável pela contratação pública deve indicar no anúncio de concurso se as contribuições financeiras estrangeiras são uma condição para participação no processo.

Presume-se que há distorção no mercado interno quando um subsídio transnacional pode melhorar a posição concorrencial de uma empresa no mercado interno e, conseqüentemente, distorcer a concorrência. A existência de distorção no mercado interno é determinada com base em indicadores, incluindo o montante da subvenção, a natureza da subvenção, a situação da empresa, entre outros.

No entanto, considera-se que a subvenção estrangeira provavelmente não é distorciva se o montante total da subvenção não exceder €4 milhões durante um período de três anos consecutivos. Além disso, se o montante total das subvenções concedidas por um país terceiro não exceder o montante de um auxílio de *minimis*¹, também é considerado que não causam distorções no mercado interno. Igualmente, não serão considerados distorcivos, os subsídios estrangeiros destinados a remediar danos causados por calamidades naturais ou outros eventos extraordinários.

A Comissão tem o papel de investigar, regulamentar e controlar as concentrações, podendo proibir ou condicionar as concentrações prejudiciais e impor sanções em caso de descumprimento. Ao analisar as subvenções estrangeiras, a Comissão Europeia deve ponderar os efeitos negativos de uma subvenção estrangeira sobre a distorção no mercado interno com os seus efeitos positivos sobre o desenvolvimento da atividade econômica no mercado interno, levando em consideração outros efeitos positivos da subvenção, como os relacionados aos objetivos estratégicos da União.

Além disso, a Comissão deve ter em conta a avaliação realizada no âmbito do exercício de ponderação quando decide sobre a necessidade de medidas corretivas ou de aceitação de compromissos, assim como sobre a natureza e o nível dessas medidas ou compromissos.

A Comissão Europeia pode impor medidas corretivas para corrigir as distorções, a menos que a empresa investigada proponha compromissos aceitáveis pela Comissão. Esses compromissos ou medidas corretivas devem ser proporcionais e efetivos em corrigir a distorção causada pela subvenção estrangeira.

¹ Os auxílios de *minimis* são subsídios de pequeno valor concedidas a empresas que não afetam significativamente o comércio e a concorrência entre Estados-Membros na União Europeia. A regra de *minimis* foi estabelecida para isentar subvenções de montante reduzido da obrigação de notificação à Comissão Europeia. Estes auxílios são disciplinados atualmente pelo Regulamento (UE) n.º 1407/2013 da Comissão. A regra é apenas aplicável a auxílios de *minimis* transparentes, ou seja, aqueles para os quais é possível calcular prévia e exatamente o seu montante.

Entre as medidas corretivas que podem ser impostas estão a concessão de acesso a infraestruturas e capacidades de produção, redução da capacidade ou presença no mercado, desinvestimento de ativos, reembolso da subvenção estrangeira, entre outros. Além disso, a Comissão pode impor obrigações de comunicação e transparência, incluindo a apresentação de relatórios periódicos.

A Comissão pode tomar medidas de compensação para corrigir as distorções causadas pelas subvenções estrangeiras no mercado interno, visando garantir a justiça e a não discriminação no mercado. Se a empresa investigada propuser o reembolso da subvenção estrangeira, a Comissão só aceitará se puder certificar-se de que o reembolso é transparente, verificável e efetivo. A Comissão pode exigir que as empresas investigadas informem sobre sua participação em concentrações ou procedimentos de contratação pública, sem prejudicar suas obrigações de notificação previstas em outras partes da resolução.

3.3. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO DE SUBSÍDIOS ESTRANGEIROS

A Comissão é autorizada a realizar análises officiosas sobre as alegadas subvenções estrangeiras, baseadas em informações provenientes de diferentes fontes, incluindo Estados-Membros, indivíduos, empresas ou associações. Mas as análises officiosas não têm o poder de anular a decisão de contratação pública ou de cancelar um contrato já estabelecido. Elas são restritas apenas aos contratos que já foram adjudicados. Portanto, o objetivo dessas análises é apenas coletar informações e analisar a possível distorção do mercado interno pelas subvenções estrangeiras.

A Comissão pode avaliar, a título preliminar, se uma contribuição financeira constitui uma subvenção estrangeira e se distorce o mercado interno. Para isso, a Comissão procura ter acesso a todas as informações necessárias para realizar a análise preliminar, incluindo a solicitação de informações e a realização de inspeções dentro e fora da União. Se ocorrer o início de um procedimento nacional relevante, a Comissão deve informar ao Estado-Membro e, se a análise preliminar estiver relacionada a um procedimento de contratação pública, à autoridade ou entidade adjudicante.

Se a Comissão tiver indícios suficientes de que uma subvenção estrangeira distorce o mercado interno, a Comissão dará início a uma investigação aprofundada. A empresa investigada será informada e os Estados-Membros e a autoridade ou entidade adjudicante serão notificados. A Comissão publicará um aviso solicitando a apresentação de observações por escrito. Se, no decurso da análise preliminar, a Comissão concluir que não há indícios

suficientes para dar início a uma investigação aprofundada, a análise será encerrada e as partes interessadas serão informadas.

Durante essa investigação aprofundada, a Comissão deve avaliar de forma mais detalhada a subvenção estrangeira e obter todas as informações relevantes. Se a Comissão constatar que a subvenção estrangeira distorce o mercado interno, pode adotar uma decisão que imponha medidas corretivas. Mas, se a empresa investigada propuser compromissos que a Comissão considere adequados para corrigir a distorção, a Comissão pode adotar uma decisão a fim de tornar esses compromissos vinculativos. Se a Comissão considerar que a apreciação inicial não foi confirmada ou que a distorção no mercado interno é compensada por efeitos positivos, adota uma decisão de não levantar objeções. A Comissão deve esforçar-se para adotar uma decisão no prazo de 18 meses a contar da abertura da investigação.

A Comissão Europeia pode adotar medidas provisórias para preservar a concorrência no mercado interno e evitar prejuízos irreparáveis. Para isso, é necessário que exista indícios suficientes de que uma contribuição financeira configure uma subvenção estrangeira e distorça o mercado interno, bem como que haja risco de prejuízos graves e irreparáveis para a concorrência. As medidas provisórias podem consistir em compromissos ou medidas corretivas e são aplicáveis por um período específico, renovável se necessário, até que sejam tomadas decisões finais. É importante destacar que não podem ser tomadas medidas provisórias em relação a procedimentos de contratação pública.

No caso de ato de concentração, a Comissão pode adotar uma das seguintes decisões, no prazo de 90 dias úteis após a abertura da investigação aprofundada: tomada de compromissos, não objeção ou proibição da concentração. Se a Comissão não adotar nenhuma decisão nesse prazo, as empresas estão autorizadas a realizar a concentração. Se a concentração já foi realizada e distorce o mercado interno, a Comissão pode exigir a dissolução da concentração ou tomar outras medidas adequadas.

A Comissão tem o direito de solicitar informações das empresas investigadas, de outras empresas ou associações de empresas, bem como de países terceiros incluindo informações relacionadas a propostas em um processo de licitação pública, apresentando base jurídica clara, indicando a sua finalidade e especificando as informações solicitadas. Se as empresas investigadas não apresentarem informações exatas e completas, multas ou sanções pecuniárias podem ser aplicadas.

A Comissão também tem o direito de ouvir pessoas naturais ou jurídicas que estejam relacionadas ao assunto em investigação, desde que forneçam o seu consentimento, e tem poderes para realizar inspeções em empresas e associações de empresas, incluindo acesso a

instalações, inspeção de livros e registros, solicitação de explicações a representantes e funcionários e o selamento de instalações e livros ou registros.

Caso uma empresa ou país terceiro fornecer informações incompletas, inexatas ou enganosas, ou se recusar a se submeter à inspeção da comissão, a Comissão pode tomar uma decisão com base nos dados disponíveis. Se uma empresa não apresentar informações necessárias para determinar se está recebendo um benefício financeiro, pode ser presumido que a empresa está sendo subsidiada.

Em caso de descumprimento das empresas ou associações, como prestação de informações incompletas ou não cumprimento de decisões da Comissão ensejará a aplicação de sanções que incluem multas de até 1% do volume de negócios da empresa ou sanções periódicas de até 5% do volume de negócios diário médio, por cada dia de atraso. Em caso de não cumprimento de decisões da Comissão, as multas podem chegar a 10% do volume de negócios total da empresa. Essas sanções têm como objetivo garantir a integridade das informações e o cumprimento dos compromissos estabelecidos pela Comissão.

O poder da Comissão para agir em relação a subvenções estrangeiras fica sujeito a um prazo de prescrição de dez anos, que pode ser interrompido por qualquer ato da Comissão relacionado à subvenção. A imposição de multas ou sanções pecuniárias está sujeita a um prazo de prescrição de três anos, que pode ser interrompido por qualquer ato da Comissão relacionado à infração. O prazo de prescrição para a execução de decisões de imposição de coimas ou sanções é de cinco anos e pode ser interrompido por qualquer ato da Comissão ou de um Estado-Membro destinado à execução da coima ou sanção.

O prazo de prescrição termina, no mais tardar, quando o dobro do prazo de prescrição tiver decorrido, desde que a Comissão não tenha tomado uma decisão ou imposto uma coima ou sanção, ficando suspenso durante um processo no Tribunal de Justiça da União Europeia.

O regulamento é aplicável aos subsídios estrangeiros concedidos nos cinco anos anteriores a 12 de julho de 2023, se distorcerem o mercado interno após essa data, bem como às contribuições financeiras estrangeiras concedidas nos três anos anteriores, se tiverem sido concedidas a uma empresa que notificou uma concentração ou contribuição financeira no contexto de um procedimento de contratação pública.

Diante do exposto, são diversas as repercussões para empresas estrangeiras, incluindo as brasileiras. Contudo, o Brasil adiantou-se em relação à União Europeia e editou a Portaria da Secretária de Comércio Exterior nº 172, de 14 de fevereiro de 2022, que, dentre outros assuntos, disciplinou a matéria dos subsídios estrangeiros, como será explorado na próxima subseção.

4. POSSÍVEIS REPERCUSSÕES PARA EMPRESAS ESTRANGEIRAS, INCLUINDO AS BRASILEIRAS

Com o Novo Regulamento Europeu, a UE assume o compromisso de liderar as transições ecológica e digital com base na concorrência, mercados abertos, investigação e tecnologias de ponta a nível mundial, por meio de um mercado único forte (EU, 2020). A política comercial da UE tem um papel importante na solução de desafios contemporâneos, como o aumento de tensões geoeconômicas e comerciais, questões persistentes de sustentabilidade global e a deterioração da ordem multilateral. A UE buscará superar esses problemas evitando abordagens protecionistas e protegendo indústrias, consumidores e cidadãos da UE e, de forma mais ampla, do mundo (Schaus, 2021).

A força do mercado único europeu certamente trará repercussões para empresas estrangeiras, incluindo as brasileiras. Para colher os benefícios do comércio mundial, a Europa pretende seguir um modelo de autonomia estratégica aberta, o que implicará moldar o novo sistema de governança econômica mundial e desenvolver relações bilaterais mutuamente benéficas, a fim de proteger-se contra práticas comerciais desleais e abusivas, como subsídios estrangeiros. Em uma economia global interligada, as subvenções estrangeiras podem causar distorções no mercado interno da UE e comprometer a concorrência equitativa.

No Brasil, os subsídios estrangeiros foram regulamentados pela Portaria SECEX Nº 172/2022, que se referiu a eles como subsídios transacionais. O texto estabelece regras gerais, exceções, obrigações do peticionário e possíveis consequências da não apresentação de informações adequadas sobre os subsídios transacionais.

O art. 112 da Portaria SECEX Nº 172/2022 estabelece a regra geral de que a Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público não considerará como acionáveis os subsídios concedidos por governos de países diferentes do país em que a empresa investigada esteja localizada ou por instituições internacionais de empréstimo ou desenvolvimento.

No entanto, há três exceções a essa regra: primeiramente, se membros de um consórcio internacional dedicado à produção de um produto investigado receberem subsídios acionáveis de seus países de origem; em segundo lugar, se o governo do país da empresa investigada endossar, reconhecer ou adotar a concessão de subsídios por parte de outro governo; e finalmente, se os subsídios forem concedidos por uma associação de dois ou mais países estrangeiros organizados em uma união aduaneira.

De acordo com o § 1º, os acordos, protocolos ou memorandos intergovernamentais de cooperação que demonstrem a existência de objetivos ou propósitos comuns e mecanismos

destinados à implementação dos investimentos produtivos referidos serão considerados como documentos relevantes para decidir se o governo do país da empresa investigada endossa, reconhece ou adota a concessão de subsídios por parte de outro governo.

O § 2º estabelece que compete ao peticionário apresentar informações detalhadas sobre os alegados subsídios transnacionais na sua petição de início, indicando se todos os países envolvidos nos alegados subsídios transnacionais serão concomitantemente investigados.

Por fim, o § 3º prevê que a não apresentação de documentação ante a solicitação da Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público poderá resultar na aplicação da melhor informação disponível.

Em resumo, a legislação brasileira regulamenta a questão dos subsídios transnacionais estabelecendo as regras gerais, exceções, obrigações do peticionário e possíveis consequências da não apresentação de informações adequadas. O Brasil tem avançado na regulamentação de medidas de defesa comercial com a publicação do Decreto 10.839/2021 sobre subsídios e medidas compensatórias e a Portaria SECEX Nº 172/2022, mas ainda há muitos desafios e poucas experiências com essa prática desleal, tornando o país mais vulnerável em comparação ao bloco europeu.

De acordo com Athayde, Marssola e Medrado (2023), é recomendável que essas empresas iniciem uma coleta sistemática de informações sobre as contribuições financeiras recebidas pelo grupo nos últimos três anos, mesmo que não sejam consideradas subsídios, para se prepararem para as obrigações de notificação *ex ante* e caso haja uma investigação *ex officio* da autoridade.

Uma investigação pode resultar no desfazimento de operações concluídas, proibição de adjudicação de contratos em licitações públicas. Os autores advertem que as regras estabelecidas no regulamento só começam a ser aplicadas 6 a 9 meses depois de sua entrada em vigor, prevista para o primeiro trimestre de 2023, mas a coleta de dados pode ser um ônus importante para as empresas, o que torna é aconselhável que as empresas brasileiras potencialmente afetadas comecem a se preparar o quanto antes (Athayde, Marssola e Medrado, 2023).

As investigações sobre subsídios ainda são tímidas, revelando que muito ainda há a ser feito para garantir um comércio livre de distorções. Segundo Athayde, Marssola e Medrado (2023):

[...] com os subsídios em alta, as tensões comerciais afloradas e os instrumentos existentes mostrando-se insuficientes para lidar adequadamente com os efeitos distorcivos dos subsídios no comércio internacional num contexto de cadeias globais de valor cada vez mais

sofisticadas, não será surpresa se a válvula antitruste for acionada no Brasil também, a exemplo do que tem acontecido em outras jurisdições no mundo, como nos Estados Unidos e na União Europeia.

A questão dos subsídios é uma preocupação crescente em todo o mundo. É importante que as investigações sobre o assunto ganhem mais destaque e atenção. A atuação da válvula antitruste é uma tendência global e pode ser aplicada também no Brasil, como já vem acontecendo em outras jurisdições. Mas é fundamental que a sociedade e as instituições envolvidas trabalhem juntas para encontrar soluções justas e eficazes para essa questão tão relevante.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os subsídios estrangeiros representam uma ameaça crescente ao comércio internacional, uma vez que causam distorções no mercado e prejudicam as empresas que não têm acesso a esses subsídios. Diante desse cenário, é fundamental que as medidas de defesa adotadas pelos países sejam eficientes na proteção do comércio. A União Europeia e o Brasil têm se posicionado na luta contra os subsídios estrangeiros, mas ainda é necessário mais tempo para avaliar se essas medidas são eficazes na prática.

A UE, por exemplo, implementou o Novo Regulamento Europeu sobre Subsídios Estrangeiros, que visou regulamentar a questão dos subsídios estrangeiros, especialmente na questão de sua compatibilidade com as normas da Organização Mundial do Comércio (OMC). Já o Brasil, por meio da Portaria da Secretária de Comércio Exterior nº 172, de 14 de fevereiro de 2022, procurou estabelecer medidas para proteger o comércio nacional contra os efeitos negativos dos subsídios estrangeiros.

No entanto, para se ter uma avaliação mais precisa das medidas adotadas pelos países, é necessário acompanhar o desenvolvimento da questão ao longo do tempo. É importante destacar que, além das medidas internas, a cooperação internacional é fundamental na luta contra os subsídios estrangeiros, uma vez que eles são um problema global que não pode ser resolvido por um país sozinho.

De forma geral, a questão dos subsídios estrangeiros ainda é um desafio recente no comércio internacional, mas as medidas implementadas pela UE e pelo Brasil apontam para um caminho positivo na proteção do comércio contra seus efeitos negativos. Nesse sentido, é fundamental que todos os atores envolvidos trabalhem juntos para encontrar soluções justas e

eficazes para essa questão tão relevante, em prol de um comércio internacional sustentável e em benefício da sociedade.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda; MARSSOLA, Júlia; MEDRADO, Renê Guilherme. Subsídios, comércio internacional e concorrência: novos ventos na União Europeia e na OCDE e possíveis impactos para o Brasil. *Migalhas*, 3 fev. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/381032/subsidios-comercio-internacional-e-concorrancia>. Acesso em: 3 fev. 2023.

DE SMIJTER, Eddy. There's a New Kid in Town: The Foreign Subsidies Regulation. *Journal of European Competition Law & Practice*, p. Ipad001, 2023. Doi: <https://doi.org/10.1093/jeclap/1pad001>

ROCHA, Ana Vitória Ferreira; PINHEIRO, Nathália Amorim. Subsídios transacionais e China: um estudo do caso China – Egito e o regulamento de execução (EU) 202/775 da União Europeia. In: Athayde, Amanda; Segalovich, Daniel; Andrade, Gabriel (Orgs.). *Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2022. v. 4, p. 241-260.

RUBINI, Luca. State aid and international trade law. In: *Research Handbook on European State Aid Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2021, pp. 103-133.

SCHAUS, Malorie. EU Trade Policy in Light of the New Industrial Strategy for Europe. *Intereconomics*, v. 56, p. 144-149, 2021. <https://doi.org/10.1007/s10272-021-0970-0>

SDCOM. Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Guia Externo Consolidado. Investigações Antidumping: Princípios Conceituais e Metodologias, Aspectos Formais e Termos Processuais, Passo a Passo das Investigações*. Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais, 2021.

SDCOM. Subsecretaria de Defesa Comercial e Interesse Público. *Relatório de Impacto Regulatório referente à Regulamentação do Decreto n. 10.839/2021. Decreto Antisubsídios*. Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais, 2022.

UE. REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on foreign subsidies distorting the internal market. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/INTA/DV/2022/07-13/1260231_EN.pdf. Acesso em: 04 fev. 2023.

3. AS SANÇÕES PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS APLICADAS PELO OFFICE OF FOREIGN ASSETS CONTROL (OFAC)

3. THE PRIMARY AND SECONDARY SANCTIONS IMPOSED BY THE OFFICE OF FOREIGN ASSETS CONTROL (OFAC)

Iago de Pádua Grillo Souza

Pedro Cese Caram Zuquim

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. As sanções internacionais 2.1 As sanções internacionais e os Estados Unidos 3. A OFAC e as sanções internacionais 3.1.1 A jurisdição da OFAC 3.1.2 As sanções primárias 3.1.3 As sanções secundárias 4. A aplicação de sanções secundárias pelos Estados Unidos 4.1 Aplicação de sanções secundárias às empresas brasileiras 5. Conclusão

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de analisar o instrumento das sanções internacionais sob suas diferentes facetas, com foco na imposição de sanções unilaterais por parte dos Estados Unidos. Assim, aborda-se de forma detalhada sobre a política de sanções dos Estados Unidos, que tem como seu principal agente a OFAC, órgão dos Estados Unidos responsável pela aplicação das sanções de forma primária e secundária às pessoas físicas e jurídicas que violem sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos. Logo após, adentra-se a análise dos elementos normativos que permitem o exercício da jurisdição americana sob pessoas físicas e jurídicas estrangeiras de forma extraterritorial. Além disso, o trabalho também analisa a aplicação de sanções pela OFAC às empresas estrangeiras em virtude de violação às sanções internacionais impostas pelos Estados Unidos por elas. Ao final, são abordadas as respectivas conclusões desse trabalho, verificando se as normas existentes nos Estados Unidos seriam aptas a impor sanções secundárias a empresas estrangeiras em virtude de violação a sanções internacionais impostas unilateralmente pelos Estados Unidos, bem como, verificar empiricamente se empresas brasileiras já foram sancionadas em virtude de violação às sanções internacionais impostas unilateralmente pelos Estados Unidos.

Palavras-chave: Sanções internacionais; Estados Unidos; OFAC; Jurisdição extraterritorial

ABSTRACT: This article focuses on the various aspects of the instrument of international sanctions, with a focus on the imposition of unilateral sanctions by the United States. Thus, a detailed approach is made to the United States sanctions policy, whose main agent is OFAC, the United States agency responsible for applying primary and secondary sanctions to individuals and legal entities that violate unilateral sanctions imposed by the United States. Then, we proceed to the analysis of the legislative elements that allow the exercise of American jurisdiction over foreign individuals and legal entities extraterritorially. In addition, the paper also analyzes the application of sanctions by OFAC to foreign companies due to the violation of international sanctions imposed by the United States. At the end, the respective conclusions of this work are considered, verifying if the existing rules in the United States would be

appropriate to impose secondary sanctions on foreign companies due to the violation of international sanctions imposed unilaterally by the United States, as well as, to verify on an empirical basis if Brazilian companies have already been sanctioned due to the violation of international sanctions imposed unilaterally by the United States.

Keywords: International sanctions; United States; OFAC; Extra-territorial jurisdiction

1. INTRODUÇÃO

Os embargos econômicos, políticos e sociais não são instrumentos novos e remontam desde a Grécia Antiga, quando Péricles, um dos maiores estadistas da Grécia, impôs em 432 a.c. uma série de sanções econômicas, como bloqueio de acesso a terras e a proibição de utilização de portos de cidades vinculadas a Liga de Delos¹ à Mégara, o que ficou conhecido como o Decreto de Mégara².

Desde então, inúmeros governos, blocos econômicos e organizações internacionais utilizam os instrumentos das sanções comerciais, econômicas, sociais e políticas como forma de exercer pressão e de externalizar a insatisfação, desaprovação, bem como, punir governos estrangeiros ou organizações estrangeiras por determinadas condutas praticadas por eles.

Entretanto, após as duas grandes guerras mundiais, o mundo se viu diante de atrocidades e de nações com altas taxas de inflação e desemprego, crise econômica e até mesmo instabilidades políticas, que geravam um terreno fértil e propício para a perpetuação de discursos populistas e extremistas e que permitiriam a continuidade do cenário de iminência de guerras.

Nesse contexto, em 1945 foi fundada a Organização das Nações Unidas (ONU) com objetivo de estabelecer um relacionamento amistoso entre as nações e realizar a manutenção da paz e da segurança mundial. Com a criação da ONU, as sanções internacionais foram modernizadas e os respectivos instrumentos ganharam ainda mais importância no cenário mundial, por serem os instrumentos coercitivos “toleráveis” pela comunidade internacional e com efeitos práticos, por vezes, eficazes.

Entretanto, muitas perguntas surgem sobre os efeitos práticos e a real motivação para a utilização dos instrumentos das sanções internacionais, críticas são postas com relação às formas como as respectivas sanções são impostas e sobre os reais interesses por trás da

¹ A Liga de Delos foi uma liga militar implementada e concebida pela cidade grega de Atenas durante o período das Guerras Médicas. O objetivo da Liga de Delos era a manutenção da defesa das cidades gregas de um ataque persa.

² JAGUARIBE, Helio. História da guerra do Peloponeso. Prefácio. Unb. 4ª Edição. 2001, p. 32

aplicação das sanções. Seriam as sanções internacionais um instrumento para exercer pressão política e realizar manutenção da ordem mundial (econômica, política, financeira etc.) ou instrumentos utilizados para atingir interesses escusos de determinadas nações frente a outras?

Essas críticas se somam às mudanças ocorridas no sistema econômico mundial advindas do fenômeno da globalização em que houve um aprofundamento das relações de interdependência entre os países, não só economicamente, mas também nos espectros culturais, sociais e políticos, o que ficou denominado como uma interdependência complexa³, em que Estados de forma individual não mais seriam capazes de definir os rumos da política global.

Nesse prisma, no século XXI, a globalização e a interdependência entre as nações avançam em níveis jamais vistos, transações financeiras podem ser realizadas de forma quase que instantâneas e irastreável através de ativos virtuais, também conhecidos como *criptoativos*. Portanto, a utilização dos instrumentos das sanções internacionais a cada dia se torna mais complexos ao afetar não mais apenas os nacionais e residentes dos países sancionados, mas, por vezes, todos os *players* inseridos na cadeia do comércio internacional.

Ou seja, todas as pessoas, sendo elas físicas ou jurídicas podem vir a ser alvo de sanções internacionais impostas por países no cenário mundial, usados como pretexto, para a manutenção de sua hegemonia de determinados países no planeta, como é o caso dos Estados Unidos que exerce o papel de “guardião” mundial através de normas e instrumentos com alcance extraterritorial.

As sanções internacionais são exemplos de instrumentos utilizados pelos Estados Unidos e que são impostos através do seu órgão denominado *Office of Foreign Assets Control* (OFAC). As sanções aplicadas pela OFAC possuem alcance extraterritorial e são impostos de forma unilateral, com a capacidade de atingir empresas inseridas na cadeia global do comércio internacional. No capítulo 3 desse texto, será mais bem detalhado o tema das sanções aplicadas pela OFAC e seu alcance extraterritorial.

Portanto, a partir dessa breve introdução, esse artigo se propõe a analisar inicialmente o instrumento das sanções internacionais em seus mais diferentes espectros. Na sequência serão analisadas as sanções internacionais unilaterais, que serão o foco desse trabalho, e a sua imposição pelos Estados Unidos, perpassando ainda por seus normativos internos e pelas principais autoridades americanas responsáveis pela aplicação das sanções internacionais.

Na sequência, será elaborado um panorama geral sobre sanções internacionais e a jurisdição da OFAC, órgão dos Estados Unidos responsável pela aplicação das sanções de

³ KEOHANE, Robert e NYE, Joseph. *Power and Interdependence*. Nova Iorque: Longman, 1989.

forma primária e secundária às pessoas físicas e jurídicas que violem sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos. Já no capítulo quatro serão analisadas as sanções internacionais aplicadas pelos Estados Unidos através da OFAC às empresas estrangeiras com foco nas empresas brasileiras. Nesse capítulo, serão verificados ainda os respectivos elementos normativos que permitem o exercício da jurisdição americana sob pessoas físicas e jurídicas estrangeiras de forma extraterritorial.

Ao final, serão abordadas as respectivas conclusões desse trabalho, verificando se as normas existentes nos Estados Unidos seriam aptas a impor sanções secundárias a empresas estrangeiras em virtude de violação a sanções internacionais impostas unilateralmente pelos Estados Unidos, bem como, verificar empiricamente se empresas brasileiras já foram sancionadas em virtude de violação às sanções internacionais impostas unilateralmente pelos Estados Unidos.

2. AS SANÇÕES INTERNACIONAIS

As sanções internacionais são medidas coercitivas adotadas por um país, por blocos econômicos ou organizações multilaterais, como a ONU, com o objetivo de (i) punir países que ameacem a paz e a segurança global; (ii) motivar a mudança de posicionamento ou alinhamento político adotado por outro país ou regime⁴; (iii) intervir na atuação de um Estado ou em um grupo de Estados; e (iv) atacar a reputação de outro país em razão de determinada conduta⁵.

De forma geral, as sanções internacionais são instrumentos que podem ser aplicados de diversas formas e são classificados a partir do setor que irão impactar, são elas: (i) Sanções Econômicas: buscam enfraquecer economicamente o país sancionado (i.e., embargos econômicos e proibição de importação e exportação); (ii) Sanções Militares: medidas propriamente militares, como embargos para suspensão do fornecimento de materiais bélicos a determinado país ou intervenção militar local; (iii) Sanções Comerciais: visam a reduzir as relações comerciais com determinado país a partir de medidas e normas regulatórias (i.e., instituição de tarifas de importação, limitação do volume de importações ou imposição de obstáculos ao comércio de determinados bens e serviços); e (iv) Sanções Diplomáticas: visam a desaprovar determinada ação de um país através de meios políticos e diplomáticos (i.e.

⁴ BIERSTEKER, TOURINHO & ECKERT, *Targeted Sanctions: The Impacts and Effectiveness of United Nations Action* 2016, p. 221

⁵ UNITED NATIONS. HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights*, Idriss Jazairy, A/HRC/30/45 (10 Agosto 2015), parágrafo 20

remoção de laços diplomáticos, fechamento de embaixadas, retirada ou expulsão de missões ou pessoal diplomático etc.).

Além disso, as sanções internacionais são, em princípio, direcionadas a indivíduos, empresas, entidades, organizações, e não deveriam gerar externalidades negativas e impactos a terceiros. Entretanto, em virtude da alta de interdependência do mundo decorrente da globalização, muitas das sanções internacionais aplicadas acabam afetando a terceiros e toda a cadeia de comércio internacional.

Destaca-se ainda que as sanções internacionais são medidas previstas por convenções internacionais e em termos de cooperação, mas que devem respeitar e se atentar aos limites da atuação jurisdicional. Ou seja, as relações internacionais “*são travadas entre iguais, sob um ponto de vista jurídico*”⁶, portanto, as bases seriam a de que “*nenhum ator teria o direito de tomar para si o poder de julgar os atos de outros sujeitos e impor-lhes sanções pelas faltas em que porventura tenham ocorrido*”⁷.

Além disso, as sanções internacionais podem ainda ser divididas ainda em duas categorias: unilaterais ou multilaterais, a depender do sujeito internacional que aplicou a respectiva sanção. Assim, temos que as sanções unilaterais, foco do presente estudo, são medidas impostas por um determinado país ou bloco econômico⁸ e que tem o objetivo de impactar negativamente outro país ou região, ou seja, gerar efeitos diretos danosos a outro país ou região.

Ou seja, as sanções internacionais impostas por países e blocos econômicos de forma unilateral podem ter efeitos para além da jurisdição do país sancionador, como são os casos das sanções econômicas impostas pelos Estados Unidos e pela União Europeia à Rússia, como forma de externalizar a sua insatisfação com a invasão da Rússia a Ucrânia deflagrada em fevereiro de 2022 e gerar pressão internacional para o fim da invasão.

Essa categoria de sanções independe da deliberação e/ou da força normativa de uma corte internacional, e não conta com a participação do país afetado. As sanções unilaterais serão o foco do presente estudo, mais especificamente as sanções internacionais unilaterais aplicadas pelos Estados Unidos a diversos países e pessoas físicas e jurídicas estrangeiras. Ademais, será verificado se empresas brasileiras podem ser impactadas por essas sanções, bem como, quais

⁶ VELARIO, Marco Aurélio. A (in)sustentável leveza do direito internacional. Brasília a.49, n. 194. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496578/000952684.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30/01/2023

⁷ *Ibid.*, p.49.

⁸ As sanções internacionais aplicadas de forma coordenada com outros países membros continuam tendo a natureza de sanção unilateral, como o caso das sanções impostas pela União Europeia à países não-membros de forma uníssona e coordenada.

empresas brasileiras já foram sancionadas pela OFAC em virtude do desrespeito a sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos.

Com relação às sanções internacionais multilaterais que não serão objeto do presente estudo, o entendimento doutrinário mais aceito é de que apenas as sanções do Conselho de Segurança das Nações Unidas (“CSNU”) podem ser consideradas sanções multilaterais⁹.

Conforme já mencionado, apesar das sanções multilaterais não serem objeto deste estudo, calha fazer uma breve síntese sobre esses instrumentos. Assim tem-se que o CSNU é a autoridade responsável para dirimir toda e qualquer questão sobre a manutenção da paz e segurança internacional. O CSNU conta com competência e poderes institucionais para impor medidas que afetam relações amistosas entre os países membros da ONU¹⁰.

Adicionalmente, o CSNU tem poderes para impor sanções internacionais a pessoas físicas, jurídicas e organizações que ameacem a paz e a segurança mundial ou em determinadas regiões. O CSNU é composto por cinco membros permanentes (Rússia, China, França, Reino Unido e Estados Unidos), que foram os países vitoriosos na segunda guerra mundial, e dez (10) membros não permanentes, eleitos pela Assembleia Geral para mandatos de dois anos. Apesar de sua composição restrita, nos termos do artigo 25 da Carta da ONU, todos os Estados-Membros concordam em aceitar e implementar as decisões do Conselho de Segurança.

A lista das sanções internacionais aplicadas pelo CSNU é pública¹¹⁻¹², atualmente existem em vigor sanções internacionais impostas contra alguns países, como a Coreia do Norte, Iraque, Congo, Sudão, Líbia, Iêmen e impostas contra diversos grupos terroristas internacionais como o Estado Islâmico, Al-Qaeda, Talibã.

Destaca-se ainda que conforme determinação da ONU, os Estados-Membros devem adotar medidas para localizar os bens, direitos e valores em nome dos indivíduos e/ou empresas sancionadas, a fim de bloqueá-los e declará-los indisponíveis. Ademais, outras formas de sanções internacionais podem ser impostas como restrições à entrada e ao trânsito nos Estados-Membros, imposição de embargos ao comércio ou importação e exportação de mercadorias cuja origem ou passagem envolveu algum alvo de sanção, entre outras medidas.

Nesse sentido, como o Brasil é membro da ONU, ele tem o dever de observar as resoluções do CSNU e cumpri-las, adotando medidas com objetivo de garantir a

⁹ UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, Idriss Jazairy, A/HRC/30/45 (10 Agosto 2015). UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, Situation of human rights in the Democratic People’s Republic of Korea: Report of the Secretary-General, A/63/332 (26 August 2008), available from undocs.org/A/63/332

¹⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/mre/pt-br/Brasil-CSNU/o-brasil-no-csnu-1/csnu>. Acesso em 03/02/2023

¹¹ Disponível em: <https://scsanctions.un.org/consolidated/>. Acesso em 28/01/2023.

¹² Disponível em: <https://scsanctions.un.org/consolidated/>. Acesso em 28/01/2023.

indisponibilidade de ativos de pessoas naturais, jurídicas e organizações internacionais, bem como, na designação de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos correlacionados

Assim, a partir dessas obrigações que o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico em março de 2019 a Lei de Sanções Brasileira¹³ (Lei 13.810/2019), regulada pelo Decreto Regulamentar nº 9.825/2019¹⁴. A Lei de Sanções Brasileira e o Decreto Regulamentar trouxeram regras e segurança para que os órgãos brasileiros: (i) cumpram as sanções impostas por resoluções do CSNU ou por designações de seus comitês; (ii) declarem a indisponibilidade de bens das pessoas físicas, jurídicas e/ou organizações sancionadas pelo CSNU; e (iii) incluam entre os afetados pelas disposições da Lei de Sanções Brasileira investigadas ou acusadas de terrorismo

Importante mencionar ainda que as disposições tratadas na Lei de Sanções Brasileira devem ser observadas por “*todos os brasileiros, residentes ou não, ou a pessoas naturais, pessoas jurídicas ou entidades em território brasileiro*”¹⁵, mas há determinações específicas que devem ser observadas pelas pessoas naturais e jurídicas de que trata o artigo 9º da Lei de Prevenção à Lavagem de Dinheiro (“Lei de Lavagem”).

Portanto, o presente estudo não se propõe a estudar as sanções multilaterais aplicadas pelo CSNU, em virtude da existência de regulamentação específica no Brasil que regula o tema. O objetivo desse estudo será analisar os possíveis impactos das sanções unilaterais, principalmente as sanções internacionais unilaterais impostas pelos Estados Unidos e sua força impositiva às pessoas físicas e jurídicas estrangeiras, tendo em vista seu caráter de aplicação extraterritorial e sancionatório.

2.1. AS SANÇÕES INTERNACIONAIS E OS ESTADOS UNIDOS

A União Europeia e os Estados Unidos representam cerca de dois terços de todas as sanções internacionais (excluindo o sistema de sanções multilaterais da ONU)¹⁶ impostas e aplicáveis no mundo. Conforme já mencionado no capítulo anterior, com relação aos Estados

¹³Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113810.htm. Acesso em 30/01/2023.

¹⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9825.htm. Acesso em: 28/01/2023

¹⁵ Art. 8º da Lei de Sanções Brasileira

¹⁶ BORZYSKOWSKI, Inken Von e PORTELA, Clara. Piling on: The Rise of Sanctions Cooperation between Regional Organizations, the United States, and the EU. Research Collection School of Social Sciences, v. Paper 1874, 2016

Unidos, via de regra, o órgão responsável por aplicação de sanções relacionadas à violação das sanções internacionais impostas unilateralmente pelos Estados Unidos é a OFAC ¹⁷ que compõe o *United States Department of the Treasury*.

Com relação à União Europeia, temos que a Política Externa e de Segurança Comum (“PESC”) é o marco legal que aborda a política externa e segurança conjunta do bloco. A OFAC e a PESC, publicam listas atualizadas constantemente, em que informam de forma detalhada, os países, pessoas físicas e jurídicas sujeitas à aplicação das respectivas sanções unilaterais.

Entretanto, um ponto em que divergem os regimes de sanções dos Estados Unidos e o regime de sanções da União Europeia é com relação a aplicação de sanções extraterritoriais a empresas estrangeiras que violem as sanções internacionais impostas unilateralmente por eles, que é aplicado pelo regime dos Estados Unidos através da OFAC, mas não pela da União Europeia.

Destarte, a OFAC que é a autoridade central dos Estados Unidos com relação às sanções internacionais e, portanto, foco desse estudo, publica através do seu site uma lista denominada de *Specially Designated Nationals* (“SDN”), que contém as pessoas físicas, jurídicas e/ou organizações que a autoridade norte-americana considera atentatórias à ordem e à paz ou que ameacem os Estados Unidos.

A SDN é atualizada e elaborada pelo Tesouro Nacional norte-americano, a lista é pública e pode ser facilmente acessada pela página do Tesouro Nacional norte-americano¹⁸. No momento em que organizações, pessoas físicas e jurídicas são incluídas na SDN são conduzidos bloqueios dos ativos dos alvos sancionados, bem como, imposta a proibição de negociarem, beneficiarem ou receberem ativos norte-americanos¹⁹.

Importante destacar que os Estados Unidos incluem na SDN diversas informações sobre as pessoas sancionadas, como endereços, endereços de e-mail e mais recentemente passou a incluir lista de carteiras de ativos virtuais de determinadas pessoas físicas e jurídicas sancionadas, com objetivo de impossibilitar que sejam realizadas transações às detentoras das respectivas carteiras digitais²⁰.

¹⁷ Disponível em <https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information>. Acesso em 03/02/2023

¹⁸ Disponível em: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/specially-designated-nationals-and-blocked-persons-list-sdn-human-readable-lists>. Acesso em 02/02/2023

¹⁹ Disponível em: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/specially-designated-nationals-and-blocked-persons-list-sdn-human-readable-lists>. Acesso em 02/02/2023

²⁰ Disponível em: <https://www.treasury.gov/ofac/downloads/sdnlist.pdf>. Acesso em 02/02/2023. p. 4.

Ou seja, quaisquer pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras que possuam relacionamento, econômico ou comercial, com as pessoas físicas, jurídicas e organizações inseridas nessa lista, ficam sujeitos à imposição de sanções pelos Estados Unidos.

Nos últimos anos, os maiores alvos de sanções aplicadas unilateralmente pelos Estados Unidos foram pessoas físicas e jurídicas da Venezuela e da Rússia. Com relação às pessoas jurídicas e físicas venezuelanas sancionadas, os Estados Unidos impuseram sanções em face de mais de 150 (cento e cinquenta) alvos venezuelanos em 2019²¹, em virtude do desalinhamento entre as políticas externas dos países. Entretanto, em novembro de 2022, a grande maioria dos alvos venezuelanos sancionados foram retirados da lista da SDN, em virtude de decretos presidenciais e ordens executivas (“*Executive Orders*”) do Presidente dos Estados Unidos, Joe Biden²².

Já com relação às sanções aplicadas à Rússia desde a escalada do conflito e posterior invasão da Ucrânia, os Estados Unidos editaram sucessivas ordens executivas que impõem medidas dentre as quais está a proibição das *United States Persons* executarem ou facilitarem a transação de ativos para a Rússia²³. Ou seja, os indivíduos e as empresas norte-americanos não podem facilitar novos investimentos na Rússia por empresas ou pessoas de fora dos Estados Unidos.

Portanto, observa-se que os Estados Unidos externaliza sua política externa através dos instrumentos das sanções internacionais, tendo a OFAC um papel central quando se trata de proteção dos interesses nacionais americanos e de sua soberania. Nesse sentido, a OFAC possui um papel central na implementação da política externa norte-americana, através de uma grande quantidade de atribuições, competências e uma extensa jurisdição a partir de um conjunto robusto de leis e atos executivos, que será mais bem explicitado no capítulo seguinte.

3. A OFAC E AS SANÇÕES INTERNACIONAIS

Assim como detalhado no capítulo anterior, o presente capítulo visa apresentar uma visão mais aprofundada da OFAC, como se discorre no tópico 3.1, posteriormente enveredando para delinear a essência e a aplicação de suas sanções, que serão observados nos tópicos 3.2 e 3.3.

²¹ Disponível em: <https://www.state.gov/venezuela-related-sanctions>. Acesso em 02/02/2023

²² Disponível em: <https://www.offshore-technology.com/news/us-government-lifts-sanctions-against-venezuela-chevron-resumes-oil-production/>. Acesso em 02/02/2023

²³ Disponível em: https://home.treasury.gov/system/files/126/ukraine_overview_of_sanctions.pdf. Acesso em 02/02/2023

O tópico “A Jurisdição da OFAC”, item 3.1, tem como enfoque a história da criação da agência americana, bem como, detalhar as suas competências e a extensão e campo de atuação, tanto no seu território quanto fora.

Já no tópico “Sanções Primárias”, item 3.2, discorre-se sobre a natureza dessa espécie de sanção, suas formas de aplicação e a quem se destina.

Por fim, no tópico “Sanções Secundárias”, item 3.3, busca-se elucidar, assim como no item 3.2, a essência e a aplicação desse instrumento punitivo.

3.1. A JURISDIÇÃO DA OFAC

Como já mencionado no tópico anterior, a OFAC é uma divisão do Departamento do Tesouro dos Estados Unidos responsável pela administração e aplicação de sanções econômicas e comerciais contra países e indivíduos estrangeiros baseada na política externa dos Estados Unidos e em metas de segurança nacional²⁴. A criação da OFAC remonta ao período pós-Segunda Guerra Mundial, datada de 1950, como resposta à ameaça apresentada pela entrada da China na Guerra da Coreia.

Apesar de ter sido concebido apenas em meados do século XX, o envolvimento do Departamento do Tesouro americano em sanções econômicas a estados estrangeiros pode ser observado nos textos históricos datados da Guerra de 1812²⁵, em que foram aplicadas espécies de sanções contra o Reino Unido.

Em seus primeiros anos, as atividades perpetradas pela OFAC foram concentradas principalmente no bloqueio dos ativos de países que eram considerados como um potencial ameaça à segurança nacional. Neste rol, foram incluídos tanto países, como a Coreia do Norte, Cuba e Vietnã, quanto indivíduos associados a governos estrangeiros ou organizações terroristas.

Nos anos 80, a OFAC observou uma ampliação no seu espectro de atuação, passando a incluir a aplicação de sanções contra países que se viam diretamente envolvidos com movimentos e entidades vinculadas ao tráfico de drogas, como Colômbia, Panamá e Afeganistão. Tal expansão das atividades da OFAC foi parte dos esforços voltados para

²⁴ Disponível em <https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information>. Acesso em 02/02/2023

²⁵ As primeiras sanções aplicadas pelo Departamento do Tesouro que se tem registro foram boicotes administrados contra o Reino Unido em retaliação ao recrutamento forçado de marinheiros americanos, prática comum perpetrada pelas forças navais de marinhas europeias

políticas do governo dos Estados Unidos que visavam o combate do comércio de drogas, o que era visto como uma grande ameaça para a segurança e estabilidade nacional do país.

Posteriormente, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, o leque de atividades da OFAC sofreu nova expansão, tendo a agência sido incumbida com a responsabilidade de rastrear e congelar os bens de indivíduos e organizações associados ao terrorismo. A nova política fazia parte dos esforços do governo dos EUA para romper as redes financeiras das organizações terroristas e impedi-las de usar o sistema financeiro para fomentar e sustentar suas operações.

Desde então, a OFAC continuou a desempenhar um papel central nos esforços do governo dos EUA para combater o terrorismo e outras ameaças à segurança nacional. A agência também tem se envolvido na aplicação de sanções contra países como o Irã, Síria e Coreia do Norte, que são vistos como ameaças aos EUA e seus aliados.

A jurisdição da OFAC se estende a todas as pessoas americanas e estrangeiros com a permissão de residência permanentes, independentemente de sua localização, além de abarcar indivíduos e entidades que estão localizadas nos Estados Unidos, bem como aqueles fora dos Estados Unidos que estão sujeitos à jurisdição dos EUA. A jurisdição da OFAC ainda se aplica, em programas específicos, às pessoas estrangeiras que se encontram em posse de bens de origem americana.

Sustentada pela lei americana, o campo de atuação da OFAC possui um amplo espectro de atividades e um extenso alcance extraterritorial, poder notável que pode afetar mesmo entidades que não se encontram sediadas em território americano, principalmente aquelas que se encontram em posse de bens americanos ou buscam realizar negócios com outras entidades estadunidenses.

Tamanho poder e autoridade tem como base um robusto conjunto de leis e atos executivos, mas sustenta-se principalmente em três estatutos que possibilitam que o Departamento do Tesouro, o qual abarca a OFAC, detenha poderes para aplicar sanções e punir entidades e indivíduos que violem o regramento americano. Eles são: o *International Emergency Economic Powers Act (IEEPA)*²⁶, de 1977, o *International Emergency Economic*

²⁶ O estatuto confere ao presidente a autoridade e poder necessários para instaurar investigações e regular e/ou proibir transações internacionais através de e entre instituições bancárias;

Powers Enhancement Act (IEEPEA)²⁷, datado de 2007 e o *Trading with the Enemy Act*²⁸, criado em 1917.

Além do poder provido pela tríade legal, em certos momentos históricos foram criadas legislações que afetam países de forma específica, como o *Cuba Asset Control Regulation*(31 *CFR Part 515*), instituído pela OFAC em 1963 visando criar embargos comerciais ao país latino. Além das sanções cubanas, foi criado em 2010 o *Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act* (CISADA), o qual substituiu o antigo *Iran Sanctions Act* (ISA), de 1996, buscando pressionar setores críticos de produção iraniana.

Além de sua jurisdição sobre transações financeiras, a OFAC também tem autoridade para regular a exportação e importação de bens e serviços de/e para países que estão sujeitos às sanções dos EUA. Isto inclui o licenciamento das exportações e a imposição de penalidades por violações dos controles de exportação.

Em conclusão, a jurisdição da OFAC é abrangente e se estende a uma ampla gama de atividades e entidades. O objetivo principal da agência é impedir que pessoas dos EUA apoiem ou realizem negócios com indivíduos ou entidades que estejam sujeitos a sanções internacional unilaterais impostas pelos Estado Unidos.

Como apresentado a seguir, tais sanções podem ser divididas em duas espécies, as sanções primárias, que são aplicáveis a cidadãos americanos, residentes permanentes (localizados em qualquer parte do mundo), pessoas de qualquer nacionalidade localizadas dentro dos EUA, entidades organizadas nos EUA ou incorporadas nos EUA (incluindo suas filiais estrangeiras) e todas as transações processadas através do sistema financeiro americano ou em dólares americanos em virtude de violação a sanções impostas unilateralmente pelos Estados Unidos a entidades e indivíduos considerados culpados de cometer crimes internacionais ou de trabalhar contra os interesses da segurança nacional e outros programas; já as sanções secundárias, são medidas destinadas à todos, mesmo fora do território americano, que venham a manter relações com indivíduos listados na SDN , ou seja, com sanções impostas pelos Estados Unidos.

3.2. AS SANÇÕES PRIMÁRIAS

²⁷ O estatuto aumentou substancialmente as penalidades que a OFAC pode aplicar, elevando seu poder de dissuasão.

²⁸ O estatuto permite ao presidente controlar e restringir o comércio entre os Estados Unidos e "seus inimigos" de forma mais restrita.

De forma objetiva, as sanções primárias são basicamente restrições econômicas dirigidas diretamente a indivíduos e entidades pertencentes ao país sancionador, ou seja, indivíduos e entidades que o país sancionador possua jurisdição direta. Por meio desse instrumento, a OFAC possui o poder de impor uma série de sanções, incluindo embargos comerciais, congelamento de ativos e até apreensão de bens.

As sanções primárias da OFAC podem ser impostas contra países, empresas ou indivíduos considerados culpados de cometer crimes internacionais ou de trabalhar contra os interesses da segurança nacional. Dessa forma, exige-se que cidadãos americanos, residentes permanentes (localizados em qualquer parte do mundo), pessoas de qualquer nacionalidade localizadas dentro dos EUA, entidades organizadas nos EUA ou incorporadas nos EUA (incluindo suas filiais estrangeiras) e todas as transações processadas através do sistema financeiro americano ou em dólares americanos, cumpram com as sanções primárias. O não cumprimento pode levar a multas de até US\$ 1 milhão por violação ou de até 50% do valor da transação.

Alguns dos atuais alvos de sanções dos EUA incluem a Coreia do Norte²⁹, Cuba, Síria³⁰, Rússia³¹ e certos interesses chineses.

Um dos principais programas de sanções da OFAC está voltado diretamente contra o Irã. O governo dos Estados Unidos impôs uma série de sanções ao governo iraniano em resposta a seu apoio ao terrorismo internacional, seu desenvolvimento de armas de destruição em massa e seus abusos aos direitos humanos. Essas sanções incluem restrições ao comércio, investimento e transações financeiras com o país, bem como o congelamento de bens de indivíduos e entidades iranianas.

3.3. AS SANÇÕES SECUNDÁRIAS

²⁹ O governo dos Estados Unidos impôs sanções contra a Coreia do Norte em resposta a seus abusos de direitos humanos, seu desenvolvimento de armas de destruição em massa e sua proliferação de tecnologia nuclear e de mísseis. Estas sanções incluem restrições ao comércio, investimento e transações financeiras com a Coreia do Norte, assim como o congelamento de ativos de indivíduos e entidades norte-coreana.

³⁰ Recentemente, a OFAC também impôs sanções contra indivíduos e entidades na Síria, Venezuela e Mianmar em resposta aos abusos dos direitos humanos e à subversão da democracia nesses países. Essas sanções incluem restrições ao comércio, investimento e transações financeiras com indivíduos e entidades nesses países, bem como o congelamento de ativos de indivíduos e entidades sancionadas

³¹ O governo dos EUA impôs sanções contra a Rússia em resposta à anexação da Criméia, sua interferência no conflito ucraniano e seus abusos aos direitos humanos. Essas sanções incluem restrições ao comércio, investimento e transações financeiras com a Rússia, bem como o congelamento de bens de indivíduos e entidades russas

Além da aplicação das sanções primárias, a OFAC detém em mãos a possibilidade de aplicação das sanções secundárias, um instrumento punitivo concebido para prevenir terceiros de negociar com países alvo de sanções, mesmo que não sejam residentes ou baseados no território americano. Aqueles que contradizerem as imposições por comercialização com as entidades e indivíduos visados pelas sanções, embargos e boicotes podem ser penalizados.

As sanções secundárias têm como foco as entidades não americanas com relações comerciais com os Estados Unidos. Caso haja violação por parte desses agentes, podem ser aplicados impedimentos parciais ou totais de participar do sistema financeiro dos EUA, incluindo restrições de importação ou exportação.

A principal característica que diferencia a sanção secundária das primárias se deve ao fato de que as sanções secundárias são aplicadas com o objetivo de coibir indivíduos e entidades estrangeiras que se envolvam em atividades contrárias à política externa e aos interesses de segurança nacional dos EUA, impedindo-os de negociar e comercializar com países listados na SDN, mesmo que não estejam sujeitos à jurisdição direta estadunidense.

As sanções secundárias acabam por se tornar uma ferramenta chave usada pela OFAC para fazer avançar a política externa e os objetivos de segurança nacional dos EUA. Como exemplo, quando os EUA restabeleceram suas sanções contra o Irã, também entraram em vigência as sanções secundárias para que pessoas não-americanas que negociem com o país árabe em setores estratégicos, como as indústrias de energia, metais preciosos, software, alimentos ou serviços financeiros.

Ao contrário das sanções primárias, que são aplicadas em forma de multas ou apreensão de ativos detidos pelos EUA, as sanções secundárias dependem fortemente da importância do sistema financeiro dos EUA e do uso do dólar americano como moeda de reserva global favorecida para pressionar os agentes que não respeitarem seus interesses e normas impostas.

Dentre os programas de sanções secundárias da OFAC, destacam-se aqueles contra indivíduos e entidades envolvidas no desenvolvimento de armas de destruição em massa, em abuso de direitos humanos e em atividades cibernéticas maliciosas.

Atualmente, a grande maioria das sanções secundárias dos EUA estão sendo aplicadas aos indivíduos estrangeiros que comercializem com o Irã e com a Coreia do Norte. As sanções tornaram difícil para que o Irã venda seu petróleo globalmente e foram projetadas para dificultar o desenvolvimento de uma arma nuclear pelo país, bem como ocorre com a Coreia do Norte, por conta da manutenção de seu programa criação de arsenal bélico nuclear.

Além dessas, podemos observar constantemente em noticiários as pesadas sanções impostas contra a Rússia pelos EUA, Reino Unido e UE. Enquanto as sanções atuais causaram

um pico de inflação na Rússia e causaram o colapso de muitos de seus principais bancos, a capacidade da Rússia de vender petróleo e gás para o resto da Europa reduziu o impacto das sanções comerciais, embora ligeiramente, pois ajudou o rublo a recuperar parte de seu valor. A Ucrânia está atualmente exercendo pressão sobre os Estados Unidos seus aliados para que intensifiquem a aplicação de sanções secundárias em face de indivíduos estrangeiros que comercializem com a Rússia.

4. A APLICAÇÃO DE SANÇÕES SECUNDÁRIAS À EMPRESAS ESTRANGEIRAS PELA OFAC

Após compreendermos com o capítulo anterior sobre a aplicação de sanções secundárias e primárias pela OFAC, calha compreender de forma mais detalhada sobre os dados e informações das sanções secundárias impostas às pessoas físicas e jurídicas estrangeiras em decorrência da jurisdição extraterritorial da OFAC.

Nesse sentido, o presente trabalho analisou o conjunto de sanções aplicadas pela OFAC nos últimos 5 anos, ou seja, entre o período compreendido de 2017 até 2022 com objetivo de identificar quantas empresas estrangeiras foram sancionadas nos últimos 5 anos em virtude da jurisdição extraterritorial das sanções impostas pelos Estados Unidos.

Nota-se que por mais que existam dados sobre as pessoas jurídicas e físicas que foram sancionadas pela OFAC desde 2003, em virtude de uma limitação temporal e humana, apenas serão analisados os dados dos últimos 5 anos, que compreendem todo o governo do Donald Trump e de parte do governo de Joe Biden.

Além disso, não será realizado uma descrição detalhada e pormenorizada de todos os casos em que a OFAC entendeu pela imposição de sanções de forma extraterritorial à empresas estrangeiras.

Ressalta-se ainda que cada uma das sanções impostas de forma extraterritorial pela OFAC às empresas estrangeiras possuem certas particularidades, mas de forma geral, foram impostas à empresas estrangeiras em virtude de eventual comercialização ou relação com empresas americanas, utilização de dólar, pela utilização de serviços localizados em território dos Estados Unidos ou por questões que envolvam a segurança nacional dos Estados Unidos.

Nesse sentido, a partir de um levantamento realizado através dos dados disponíveis no banco de dados da OFAC³², temos que de 2017 até 2022 foram impostas 93 sanções/acordos em face de pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras.

Entretanto, dentre as 93 sanções/acordos impostos pela OFAC às pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras, em virtude de violação às sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos, temos que 34 são pessoas jurídicas estrangeiras e que foram sancionadas de forma extraterritorial pela OFAC. Ou seja, apenas 36,55% das sanções aplicadas nos últimos 5 anos pela OFAC foram aplicadas a empresas estrangeiras de forma extraterritorial pela OFAC, em virtude de violações praticadas por elas da legislação e das regras de sanções internacionais impostas pelos Estados Unidos.

Adicionalmente, é importante destacar que durante o governo de Donald Trump, os dados disponibilizados pela OFAC indicam que foram impostas 59 sanções/acordos com empresas nacionais e estrangeiras em decorrência de violações às sanções internacionais unilaterais impostas pelos Estados Unidos. Dentre as 59 sanções impostas nesses 4 anos de governo (janeiro de 2017- janeiro de 2021), temos que apenas 19 sanções foram aplicadas em face de pessoas jurídicas estrangeiras através da aplicação das sanções pela OFAC de forma extraterritorial, ou seja, apenas 32,2% das sanções eram impostas pela OFAC em face de pessoas jurídicas estrangeiras.

Já com relação ao governo de Joe Biden, temos um claro aumento do *enforcement* da OFAC em aplicar sanções secundárias às pessoas jurídicas estrangeiras. Dentre as 34 sanções impostas pela OFAC nestes primeiros 2 anos de governo às pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras, temos que 19 foram impostas em face de empresas nacionais que violaram às sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos e 15 sendo impostas em face de empresas estrangeiras que violaram às sanções internacionais impostas pelos Estados Unidos.

Ou seja, vemos um claro avanço na imposição de sanções pela OFAC às pessoas jurídicas estrangeiras que violarem normas e sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos. Apenas a título de comparação, 44,11% de todas as sanções impostas pela OFAC no governo de Joe Biden foram direcionados às empresas estrangeiras, já no caso do governo de Donald Trump, foram apenas 32,2% das sanções eram impostas pela OFAC em face de pessoas jurídicas estrangeiras.

³² Disponível em <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/civil-penalties-and-enforcement-information>. Acesso em 02/02/2023

Portanto, ao analisarmos os últimos 5 anos de imposição de sanções pela OFAC, podemos perceber um aumento do *enforcement* sancionador de titularidade da OFAC em face de empresas estrangeiras, que pode ter ocorrido pela melhora na capacidade investigatória da OFAC com relação a violação de empresas estrangeiras, quanto por uma mudança da política externa dos Estados Unidos.

Assim, após compreendermos a quantidade de sanções aplicadas pelos Estados Unidos através da OFAC a partir de dados empíricos coletados da base de dados do própria OFAC de 2017 até 2022, adentra-se em uma análise mais específica, com objetivo de responder o questionamento inicial, qual seja: Se empresas brasileiras já foram sancionadas de forma secundária pela OFAC?

4.1. AS SANÇÕES IMPOSTA PELA OFAC ÀS EMPRESAS BRASILEIRAS

Conforme mencionado no item anterior, daremos continuidade a análise empírica a partir da base de dados disponibilizada pela OFAC, com objetivo de respondermos se empresas brasileiras já foram sancionadas através de sanções secundárias pela OFAC? Ou seja, buscaremos verificar a partir dos dados disponíveis publicamente pela OFAC, se alguma empresa brasileira já foi sancionada pela OFAC em virtude de violações às sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos.

Nesse sentido, diferentemente da análise anterior, essa análise será feita com o marco temporal ampliado, sendo de 2003 até 2022. Nota-se que a análise foi ampliada desde 2003 por ser o primeiro ano em que as informações e dados sobre as sanções primárias e secundárias foram publicados pela OFAC, dado que em 2002 a OFAC alterou suas regras para tornar os dados sobre as sanções e suas atividades de *enforcement* públicas, através do denominado *Rules Governing Availability of Information in 2002*³³.

Portanto, após analisarmos todas as pessoas jurídicas nacionais e estrangeiras sancionadas desde 2003 até 2022 pela OFAC, identificamos apenas uma sanção imposta em face de uma empresa brasileira. A sanção foi aplicada em novembro de 2015 em face do Banco do Brasil S.A em virtude de possíveis violações praticadas entre os anos de 2010 e 2011 às sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos a pessoas físicas e jurídicas iranianas dispostas no *Iranian Transactions and Sanctions Regulations*.

³³ Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2002/06/19/02-15377/rules-governing-availability-of-informatio>. Acesso em 02/02/2023

Assim, a subsidiária do Banco do Brasil em Nova York (“BBNY”) acordou em pagar o valor de US\$ 139.500,00 para liquidar sua responsabilidade civil advindas de potenciais violações do § 560.204 do *Iranian Transactions and Sanctions Regulations*, 31 C.F.R. parte 560 (ITSR).

As violações praticadas pela empresa brasileira decorreram da negligência em não verificar da forma devida um target incluído na lista da SDN da OFAC e por processar transações através do BBNY em nome do indivíduo que era sancionado pelos Estados Unidos. Esse indivíduo que estava sancionados pelos Estados Unidos havia sido incluído na lista “Good Guy Exception List” do BBNY, que se baseou em representações verbais feitas ao Banco do Brasil S.A, em que o indivíduo afirmava que sua empresa não exportava ou importava produtos do Irã. Assim, o BBNY e o Banco do Brasil S.A decidiram incluir o indivíduo em sua “Good Guy Exception List”.

Nesse sentido, o BBNY entre 2010 e 2011 realizou o processamento de três transferências de fundos totalizando US\$ 70.244,61 originadas pela conta do indivíduo aberta no Banco do Brasil S.A e destinadas à conta bancárias de beneficiários em país terceiro. Adicionalmente, também foram identificadas inúmeras falhas nos procedimentos interno do Banco do Brasil S.A em que aprovaram as transações do indivíduo sancionado pelos Estados Unidos apesar do BBNY ter identificado inconsistências em informações do mesmo e ter solicitado informações complementares.

Destarte, apesar de identificamos apenas esse exemplo prático de pessoas jurídicas brasileiras sancionadas pela OFAC, recorrentemente pessoas jurídicas e físicas brasileiras se deparam com situações de potenciais aplicação de sanções pela OFAC em decorrência de possíveis violações a normas e a sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos. Nesse sentido, abordaremos abaixo um exemplo prático que fora bastante noticiado que esclarece bem os cuidados e possíveis risco e impactos a pessoas jurídicas e físicas brasileiras.

Um dos casos mais recentes e relevantes com relação aos impactos das sanções unilaterais no Brasil, ocorreu em 2019, quando a Petrobrás Transporte S.A (“Transpetro”) negou abastecimento a navios iranianos parados no Porto de Paranaguá sob a justificativa de que o eventual fornecimento de combustível poderia “*ocasionais graves prejuízos à companhia*”, já que as embarcações eram alvo de sanções norte-americanas.

Nesse sentido, a Eleva Química Ltda. que era a empresa brasileira responsável pelo afretamento dos navios, iniciou processo na justiça em face da Transpetro requerendo que ela realizasse o abastecimento dos navios iranianos que estavam parados no Porto de Paranaguá. A Procuradoria-Geral da República (“PGR”) e a Advocacia Geral da União (“AGU”) opinaram

favoravelmente ao entendimento da Transpetro, em apoio à recusa de abastecer dois navios iranianos sancionados pela listagem da OFAC.

Nesse sentido, a PGR destacou no processo que o “*fornecimento de combustível para embarcações de empresa estrangeira inscrita na lista SDN dos EUA pode ensejar graves penalidades para a Petrobras e, por consequência, para o próprio Estado brasileiro*”.

Entretanto, o Ministro Dias Toffoli, até então presidente do Supremo Tribunal Federal (“STF”) na época, em sua decisão, entendeu que no caso existiria o que denominou de “*premência da decisão judicial por razões humanitárias*”³⁴, em razão de os navios iranianos estarem transportando alimentos para o país do Oriente Médio.

O Ministro Dias Toffoli determinou ainda que o fornecimento de combustível no caso fosse imposto através de decisão judicial, o que supera a “*convergência de vontades*” das empresas envolvidas. A decisão do STF no caso Transpetro revela que existem exceções aos regimes de sanções por finalidades humanitárias.

Portanto, o caso da Transpetro, é importante pois demonstra que, embora a legislação brasileira não preveja a recepção ou cooperação de ordens de outras jurisdições, transacionar com alvos incluídos na SDN pode ensejar graves prejuízos às pessoas físicas e jurídicas brasileiras. Isso porque as sanções internacionais unilaterais poderão atingir empresas estrangeiras que possuam operação nos países sancionadores, como era o caso da Transpetro que possuía diversos negócios com os Estados Unidos e com pessoas jurídicas americanas.

Ou seja, as sanções aplicadas pelos Estados Unidos em face de alvos iranianos ou de qualquer país sancionado podem afetar o recebimento de recursos por empresas brasileiras se um negócio celebrado com uma empresa alvo iraniana envolver o recebimento ou a transmissão de recursos através de um banco norte-americano ou em caso de utilização do dólar como moeda da transação. Portanto, nesse caso a operação poderia vir a ser barrada em virtude das sanções emanadas pelos Estados Unidos, que não permitiria o processamento da transação por envolver contraparte sancionada atingida por uma sanção internacional dos Estados Unidos.

Portanto, temos que os riscos decorrentes do descumprimento de sanções unilaterais internacionais por empresas brasileiras são elevados em virtude do alto nível de interdependência e de globalização experimentado atualmente. Ainda, para além das repercussões regulatórias e sancionatória, a manutenção de negócios com alvos de sanções internacionais unilaterais pode acentuar a exposição das pessoas jurídicas e físicas a danos

³⁴ Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/25/toffoli-rejeita-recurso-da-petrobras-e-manda-estatal-vender-combustivel-a-navios-iranianos.ghtml>. Acesso em 29/01/2022

reputacionais. Isto é, empresas estrangeiras sediadas ou não em países que impõem sanções unilaterais podem decidir romper suas parcerias comerciais com empresas que realizem e mantenham negócios com alvos de sanções unilaterais, como medida de preservação da sua própria reputação e de eventuais danos a sua imagem.

5. CONCLUSÃO

Portanto, esse estudo teve como principal enfoque a análise de questões vinculadas à aplicação de sanções pelos Estados Unidos a indivíduos e pessoas jurídicas que venham a violar as sanções internacionais unilateralmente impostas pela nação americana. Para tal, faz-se valer o uso de todo ferramental disponibilizado pela regramento jurídico norte-americano, concentrado nas mãos da OFAC e concebido através da aplicação das sanções primárias e das sanções secundárias, de forma extraterritorial.

Como apresentada anteriormente, a OFAC possui como fundamento a proteção dos interesses americanos no cenário global, fazendo uso do poder econômico do país para boicotar e sancionar países, entidades e indivíduos que vão contra suas políticas. A imposição dessas medidas tem como sustentação um conjunto robusto de leis e atos executivos, mas advindo principalmente da promulgação de três estatutos fundamentais para a regulamentação das aplicações, sendo esses: o *International Emergency Economic Powers Act* (IEEPA), o *International Emergency Economic Powers Enhancement Act* (IEEPEA) e o *Trading with the Enemy Act*.

Por meio da vigência desses três estatutos, a OFAC detém o poder para aplicar sanções, tanto através de jurisdição direta, por meio das sanções primárias, como através de sua jurisdição extraterritorial através das sanções secundárias.

Assim, no âmbito global, verificou-se uma intensificação do uso das sanções secundárias para sancionar agentes estrangeiros que atuassem contrários aos interesses americanos, como forma ainda de utilizar uma jurisdição extraterritorial para controlar e perpetuar sua hegemonia global.

Ademais, os dados apresentados, colhidos e analisados a partir de um espectro de 5 anos, correspondentes aos governos Trump e Biden, demonstram com clareza um significativo aumento na imposição de sanções à empresas estrangeiras, que podem ter ocorrido pela melhora na capacidade investigatória da OFAC com relação à violação de empresas estrangeiras, quanto por uma mudança da política externa dos Estados Unidos em exercer um maior controle em busca de maiores danos aos países, indivíduos e pessoas jurídicas sancionadas.

Quanto à imposição de sanções à empresas brasileiras, verificou-se a existência de penalização aplicada pela OFAC apenas em face do Banco do Brasil em virtude de possíveis violações praticadas entre os anos de 2010 e 2011 às sanções unilaterais impostas pelos Estados Unidos à pessoas físicas e jurídicas iranianas dispostos no *Iranian Transactions and Sanctions Regulations*.

Portanto, diante de todo o exposto, verifica-se que a OFAC, suportada por um arsenal normativo e regulatório dos Estados Unidos, detém um extenso poder sancionador em vistas a defender os interesses norte-americanos. Para isso, dispõe de medidas coercitivas com potencial de mudar o cenário global, não ficando o seu alcance restrito ao espaço físico dos EUA, sendo suas sanções categoricamente e recorrentemente aplicáveis de forma extraterritorial.

REFERÊNCIAS

BIERSTEKER, TOURINHO & ECKERT, Targeted Sanctions: The Impacts and Effectiveness of United Nations Action 2016, p. 221

EARLY, Brian. *Enforcing Economic Sanctions: Analyzing How OFAC Punishes Violators of U.S Sanctions*. University at Albany.

JAGUARIBE, Helio. Prefácio. TUCÍDIDES. História da guerra do Peloponeso. Unb. 4ª Edição. 2001, p. 32

KEOHANE, Robert e NYE, Joseph. Power and Interdependence. Nova Iorque: Longman, 1989.

Office of Foreign Assets Control, U.S. Department of the Treasury. "BALKANS: WHAT YOU NEED TO KNOW ABOUT U.S. SANCTIONS: Blocking Property of Persons Who Threaten International Stabilization Efforts in the Western Balkans".

Office of Foreign Assets Control. (2009). *Economic Sanctions Enforcement Guidelines, 31 CFR Part 501* (No. Federal Register, Vol. 74, No. 215) (pp. 57593–57608). Washington, D.C.: Department of the Treasury.

U.S Department of the Treasury. (2023). *OFAC FAQs: General Questions*. https://www.treasury.gov/resourcecenter/faqs/Sanctions/Pages/faq_general.aspx#basic.

UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY, Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea: Report of the Secretary-General, A/63/332 (26 August 2008)

UNITED NATIONS. HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights*, Idriss Jazairy, A/HRC/30/45 (10 Agosto 2015),

VELARIO, Marco Aurélio. A (in)sustentável leveza do direito internacional. Brasília

Zarate, Juan C. (2013). *Treasury's War: the Unleashing of a New Era of Financial Warfare New York: PublicAffairs*. ISBN 9781610391153.

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

4. A PENA DE DESQUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL NO DIREITO ANTITRUSTE: estudo comparado entre Brasil e Reino Unido

4. THE PROFESSIONAL DISQUALIFICATION SANCTION IN ANTITRUST LAW: A comparative study of Brazil and the United Kingdom

Luiz Augusto da Silva

Vívian Salomão Ianelli

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A experiência brasileira. 2.1. Sanções administrativas não pecuniárias à pessoa física em diversas legislações brasileiras. 2.2. Aplicação prática – jurisprudência do Cade. 2.3. Principais conclusões da experiência brasileira. 3. A experiência do Reino Unido. 3.1. Referências normativas da desqualificação profissional no Reino Unido. 3.2. Vantagens e desafios do sistema de desqualificação profissional do Reino Unido. 3.3. Quadro comparativo das penas de desqualificação profissional no Brasil e no Reino Unido. 4. Conclusões.

RESUMO: O artigo compara a pena de “proibição de exercer comércio” do art. 38, VI, da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei n.º 12.529/2012) com o “*disqualification*” do Reino Unido. Seu objetivo é entender a experiência britânica e, com base nela, aprimorar a prática do Cade. Conclui-se que o Reino Unido incorpora a desqualificação profissional à sua política de defesa da concorrência, e que o Cade pode implementar melhorias usando suas competências administrativas. O artigo sugere três: editar guia diretivo sobre a penalidade, explicitar as premissas fáticas e jurídicas nas decisões condenatórias suas para nortear casos futuros, e considerar impedimentos parciais a diretores para garantir que a sanção seja proporcional.

Palavras-chave: Concorrência; Desqualificação profissional; Direito comparado; Sanção.

ABSTRACT: The article compares the sanction of “prohibition of commercial practice” stated in art. 38, VI of the Brazilian Competition Act (Law N. 12.529/2012) to the “*disqualification*” penalty in the United Kingdom. It seeks to understand the British experience and to improve the practices of the Brazilian competition authority (“Cade”) based on its own administrative powers. The article suggests three such improvements: the edition of a guide on the sanction, the disclosure of the factual and legal reasoning on decisions regarding the penalty, and the partial impediment against directors to ensure proportionality.

Keywords: Competition; Professional disqualification; Comparative law; Sanction.

1. INTRODUÇÃO

O direito da concorrência no Brasil define na legislação antitruste mais recente – a Lei nº. 12.529/2011 – formas de sanção para agentes que pratiquem condutas anticompetitivas nos seus arts. 37 e 38. Essas penalidades são divididas em pecuniárias (art. 37) e não pecuniárias (art. 38). Em relação às pecuniárias, houve alteração dos percentuais das multas aplicáveis a pessoas jurídicas e físicas quando comparadas as Leis nº 8.884/1994 e nº 12.529/2011.

De acordo com Thiago Marrara, há pontos favoráveis e desfavoráveis nessa alteração legislativa. Em suma, apesar de haver uma redução nos percentuais aplicados na multa de pessoas jurídicas condenadas e administradores dessas empresas, houve um aumento nos valores aplicados a pessoas físicas fora do quadro de administração e a pessoas jurídicas fora de atividades empresariais (associações, sindicatos etc.). Uma possível justificativa para essa alteração seria uma maior semelhança com a realidade jurídica da aplicação das multas a pessoas jurídicas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), pois as penas pecuniárias nunca foram aplicáveis em seus patamares máximos da lei antiga¹ e que a aplicação de multas a outros envolvidos não relacionados diretamente com a administração de empresas pode trazer maior efeito dissuasório no longo prazo.²

Ainda, o próprio cálculo de penas pecuniárias é tema não consolidado na doutrina ou na jurisprudência do Cade. A dificuldade de aferir a vantagem obtida pela conduta anticompetitiva, o percentual do faturamento a ser aplicado, ou qual o faturamento considerado para aplicar esse percentual ainda são alvo de discussão³. A própria Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) reconhece que diversas jurisdições deveriam considerar

¹ “Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - **no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício**, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - **no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa**, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. (Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011)”

² MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 253 a 258.

³ FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. “Com efeito, mesmo em casos de cartel, cuja ilicitude é mais evidente, nem sempre é fácil demonstrar que o sobrepreço decorre diretamente da conduta. Mais complexo ainda é calcular, de maneira segura, os danos produzidos por ele e/ou a vantagem obtida pelos infratores. É por isso que, muitas vezes, a autoridade antitruste precisa recorrer a estimativas. Além disso, existem ainda danos inestimáveis à livre concorrência, sobretudo quando se observa que o aumento de preço não é a única variável a ser considerada, mas também os desdobramentos da conduta sobre a qualidade, a variedade, o aumento de oferta e da inovação.” (p. 302)

penas não pecuniárias além das multas tradicionalmente aplicadas para que haja maior efetividade em combater ilícitos concorrenciais, sobretudo cartéis.⁴

Diante dessas dificuldades, fica claro que a sanção de agentes econômicos e pessoas físicas não pode depender apenas de penas pecuniárias. Em complemento a esse formato, a legislação antitruste brasileira possibilitou ao Cade a aplicação de penas não pecuniárias para tornar o *enforcement* da legislação concorrencial ainda mais efetivo.⁵

Essas penas não pecuniárias podem ser direcionadas a pessoas jurídicas (incisos I, II, III, IV, V) ou a pessoas físicas (I e VI). No presente artigo, será discutida a pena não pecuniária de “proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos” aplicável à pessoa física condenada pela prática de condutas anticoncorrenciais. Tal sanção ainda é incipiente no Cade e apenas foi aplicada em cinco casos que serão posteriormente detalhados.

Trata-se de pena não pecuniária com alto potencial dissuasório, considerando que as multas impostas às pessoas físicas podem, em certas circunstâncias, ser arcadas pelas pessoas jurídicas por meio de acordos privados entre empresas e administradores ou empregados.⁶

Essa pena tem sido discutida e aplicada em outras jurisdições, pois parece trazer efeito dissuasório relevante para evitar novos ilícitos concorrenciais. Ainda que adaptados a cada legislação, Reino Unido, Austrália, Rússia, Hong Kong, Argentina, Chile, México, Suécia,

⁴ OECD Competition Policy Roundtable Background Note. *Director Disqualification and Bidder Exclusion in Competition Enforcement*. 2022. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement-2022.pdf>>. Acesso em: 02.02.2023. “*This suggests that, in some cases, the benefits of participating in cartel activity may be higher than the risks faced by the company in terms of corporate fines, and that the company is willing to pay such a “tax” to engage in such anticompetitive activity again in the future. Commentators have therefore stressed that, compensation for the financial loss resulting from a cartel is not the most important objective of a competition law system.*”

⁵ Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e 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 prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

⁶ SILVEIRA, Paulo Burnier D. Direito da Concorrência. Rio de Janeiro, Forense Grupo GEN, 2021, p.103.

Irlanda, Índia e Japão utilizam dispositivos semelhantes para atingir pessoas físicas com sanções concorrenciais⁷. Dentre os países citados, o Reino Unido, com o *Company Directors Disqualification Act 1986*, é o que mais se assemelha com a aplicação brasileira e que será detalhado neste texto.

Com base nessa contextualização, este artigo nasce do seguinte *problema*: o Cade tem aplicado pouco a pena de desqualificação profissional, e nos raros casos que trataram dela os fundamentos dos votos dos Conselheiros são parcos. Disso surge a *pergunta* motivadora do trabalho: como o Cade pode melhorar sua prática institucional em torno dessa penalidade não pecuniária dentro de suas próprias competências administrativas, tornando-a mais efetiva? A *hipótese* a ser testada é esta: a experiência recente do Reino Unido com a desqualificação profissional no Direito Antitruste traz aportes úteis para o Cade, os quais servem de referência ao sistema brasileiro. O *método* da pesquisa é de Direito comparado: quer-se aproximar os dois regimes jurídicos para ver suas semelhanças e suas diferenças – e a partir daí extrair conclusões.

Justifica-se a escolha do Reino Unido como objeto de estudo, porque essa jurisdição é reconhecida como caso emblemático de desqualificações profissionais na tutela concorrencial. De fato – e por motivos que serão vistos ao longo do artigo –, a OCDE considera o Reino Unido como “exemplo virtuoso” de uma política antitruste que inclui essa pena no seu acervo⁸. Suas autoridades de defesa da concorrência – primeiro o *Office of Fair Trade* (OFT), substituído pela *Competition and Markets Authority* (CMA) em 2014 – lançaram consultas públicas para editar guias orientativos sobre a pena de desqualificação, e tem se empenhado nos últimos anos para difundir a incidência dela na prática. Países com larga tradição antitruste, como os Estados Unidos, se inspiram no caso britânico para propor mudanças aos seus regimes domésticos⁹. Vale aos profissionais e aos acadêmicos do Direito da Concorrência entender o sistema britânico a fundo.

Assim, o presente artigo está dividido da seguinte forma: primeiro serão analisados os casos de aplicação de sanções administrativas à pessoa física no Brasil (2.1) tendo-se como base a legislação brasileira relacionada à proibição de exercício de comércio de administrador e a jurisprudência construída ao longo dos anos (2.2) e uma conclusão inicial sobre a aplicação

⁷ O detalhamento de cada país pode ser encontrado no livro *Sanções Não Pecuniárias no Antitruste* da professora Amanda Athayde e outros autores, p. 530 e ss.

⁸ OCDE. *Director disqualification and bidder exclusion in competition enforcement*, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023. p. 11.

⁹ GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D. Antitrust sanctions. *Competition Policy International*, v. 6, n. 2, pp. 3-39, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=1705701>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023. p. 21-22.

do dispositivo pelo Cade (2.3); em seguida, será detalhado o sistema inglês de aplicação de sanções de mesma natureza considerando as referências normativas (3.1) e suas vantagens e desafios (3.2) para então comparar os dois sistemas brasileiro e inglês de aplicação dessa penalidade (3.3); e por fim, apresentar críticas e sugestões para aplicação da pena em análise pelo Cade tendo em vista as comparações realizadas no decorrer do artigo.

2. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Neste capítulo, serão abordados os temas relacionados ao contexto brasileiro de restrições ao exercício de atividade empresarial por pessoas físicas. Inicialmente será feito comparativo entre outras legislações que trazem penalidades semelhantes (2.1); em seguida, será aprofundada a jurisprudência do Cade sobre o tema (2.2); e por fim, serão apresentadas conclusões prévias para posterior comparação com a situação do Reino Unido (2.3).

2.1. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NÃO PECUNIÁRIAS À PESSOA FÍSICA EM DIVERSAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS

A aplicação de sanções não pecuniárias não está restrita à legislação antitruste. De forma semelhante, a Lei n.º 13.709/2018, referente à Proteção de Dados (LGPD), e a Lei n.º 13.506/2017, que trata do Processo Administrativo Sancionador relacionado ao Banco Central do Brasil (BCB) e à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), também preveem a inabilitação temporária da atuação de pessoa física que tenha praticado atos ilícitos.

Em relação à LGPD, o art. 52 define que os agentes de tratamento de dados podem ter as seguintes sanções aplicadas:

(...)

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período;

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados.

Importante definir quem são “agentes de tratamento de dados”. De acordo com a própria legislação, estão incluídos controlador e operador (art. 37 a 41) dentro essa definição, os quais

podem ser pessoas naturais ou jurídicas (art. 5º)¹⁰. Assim, mais gravoso do que a previsão na legislação concorrencial, a LGPD defende que os agentes de tratamento de dados podem ser excluídos sem previsão de retorno para realizar essas atividades.

Ainda não há jurisprudência da Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD) devido à sua recente criação e vigência da LGPD. Por isso, não é possível analisar a aplicação das sanções previstas nessa lei. Contudo, vê-se a relação entre as duas normativas no sentido de atingir pessoas naturais também de forma não pecuniária.

Já a Lei de Processo Administrativo Sancionador do BCB e da CVM prevê a “inabilitação para atuar como administrador e para exercer cargo em órgão previsto em estatuto ou em contrato social de pessoa” jurídica supervisionada pelo BCB ou que dependa de registro na CVM no caso de infrações à referida legislação. Ambos têm um tempo limite de 20 anos, mas não estipulam um período mínimo. Esses dois órgãos têm jurisprudência com a aplicação desse instituto. Trata-se de penalidade com efeitos diretos aos condenados por práticas contrárias ao defendido por essas entidades e cumprem a função de evitar a reincidência desses indivíduos, pelo menos enquanto perdurar a pena aplicada.

A Lei n.º 9.613/1998 que cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) também prevê a inabilitação de pessoas físicas no caso de irregularidade na identificação dos clientes, manutenção de registros e comunicação de operações financeiras (art. 12, III) pelo prazo máximo de 10 anos.

Fica claro que existe um movimento legislativo de aplicação de penalidades não pecuniárias a pessoas físicas em setores ou atividades específicas (mercado financeiro, valores mobiliários, transações financeiras). É nesse contexto que a legislação concorrencial merece ser lida, mas que até o momento não está refletida nos casos julgados pelo Cade, conforme será visto adiante.

2.2. APLICAÇÃO PRÁTICA – JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Diferente de outros órgãos como BCB e CVM, o Cade não tem aplicado o inciso VI do art. 38 da LDC. Importante delimitar o escopo em que as penas não pecuniárias foram aplicadas para que seja possível sua análise futura. Em um montante de 312 processos administrativos

¹⁰ “Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: (...)

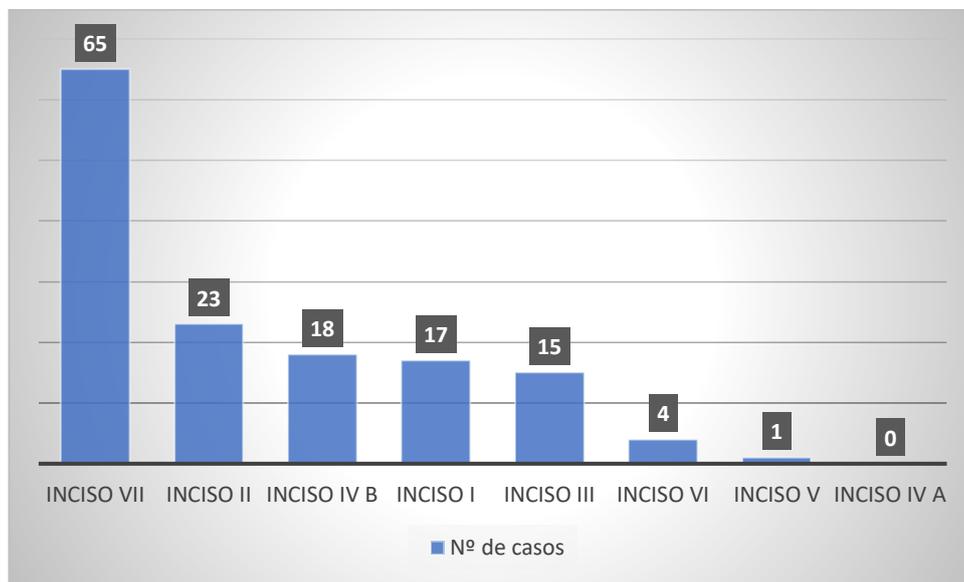
VI - controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; (...)”

julgados pelo Cade, 122 (39%) deles foram arquivados – seja pela falta de provas, prescrição ou assinatura de acordos de leniência ou de Termo de Cessação de Conduta (TCC) – e nos outros 190 (61%) os acusados foram condenados. É sobre esse total de condenações que o presente artigo trata. O Cade pode aplicar penas pecuniárias e não pecuniárias a depender da gravidade da conduta investigada.

Entre 2012 e 2022, dentre os 312 processos administrativos julgados pelo Cade, 106 deles aplicaram sanções não pecuniárias divididos da seguinte forma:

Figura 1 – Gráfico com recorrências das sanções não pecuniárias entre 2012 e 2022



Fonte: Dados obtidos pelo Serviço de Acesso à Informação e gráfico de elaboração própria.

Dentre os incisos indicados acima, o item VI é o que tem maiores consequências diretas para a pessoa física, pois gera impacto direto na sua atuação após a decisão condenatória. Talvez por se tratar da penalidade que mais influencia as pessoas físicas que sua aplicação ainda seja incipiente.

Todos os casos em que o inciso VI foi aplicado, também houve imposição de multa a pessoas físicas e jurídicas. Ainda, desses quatro casos, em dois deles também foi aplicado o inciso II (proibição de contratação com instituições financeiras oficiais e de participar de licitação), enquanto, nos outros dois, o inciso VI foi aplicado sozinho. Depreende-se, então, que, de todos os processos administrativos julgados entre 2012 e 2022 (312 casos), em apenas 1,3% dos casos houve proibição de exercer comércio por algum representado. Quando considerado os processos com condenação (190 casos), esse percentual passa para 2,1%.

Os quatro processos administrativos sob análise estão resumidos na tabela abaixo:

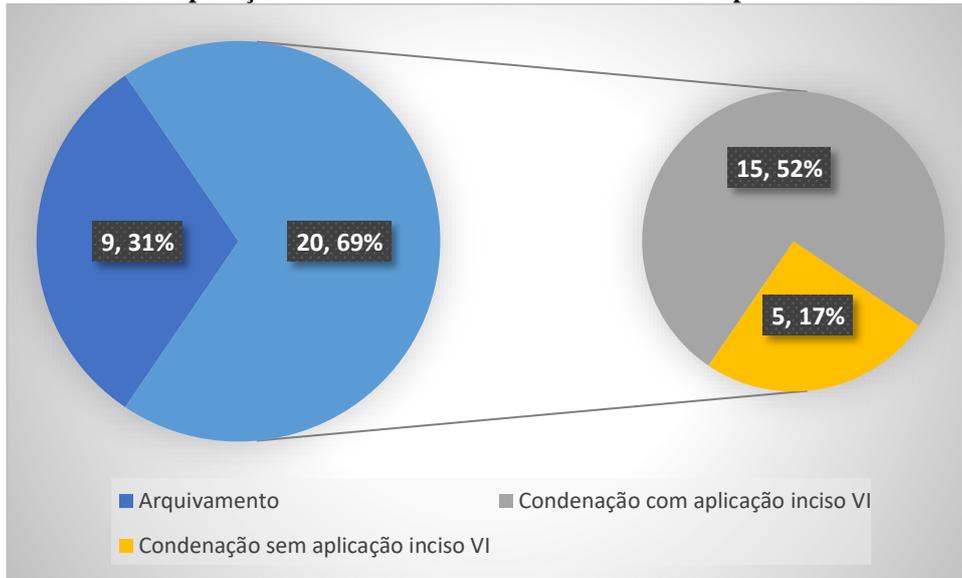
Tabela 1 – Resumo de Processos Administrativos com aplicação do inciso VI do art. 38 da Lei 12.529/2011

Número processo¹¹	Pessoas físicas condenadas	Pessoas físicas com processo arquivado	Resumo do caso e Mercado afetado
08012.001127/ 2010-07 (“Cartel das Mangueiras”)	Charles Gillespie, Jacques Cognard, Christian Caleca, Peter Owen Whittle, Romano Piscioti, Misao Hioki, Franco Guasti	David Brammar, Bryan Allison, Giovanni Scodeggio.	Cartel no mercado de Mangueiras Marítimas. Trata-se de cartel internacional no qual pessoas jurídicas e físicas foram condenadas pela conduta que perdurou por pelo menos 20 anos.
08012.004280/ 2012-40 (“Cartel de TI”)	Cristiane dos Santos Costa, Emílio Timo, Paulo de Assis Gomes, Rochely Maria Moura Leal Lima, Rômulo Silva Nogueira, Wellington da Rocha Mello Júnior	Fábio de Azevedo Montoro, Margareth Brixton Tony de Souza, Ronato Batista de Oliveira, Ronei Souza Machado	Cartel em licitações destinadas à contratação de serviços terceirizados de tecnologia da informação no Distrito Federal.
08012.009732/ 2008-01 (“Cartel de equipamentos médicos”)	Darci José Vedoin e Luiz Antônio Trevisan Vedoin	Helen Paula Duarte Cirineu e Alessandra Trevisan Vedoin	Cartel em licitação para aquisição de unidades móveis e equipamentos médicos hospitalares no estado do Rio de Janeiro.
08700.004455/ 2016-94 (“Cartel de material escolar”)	Luís de Oliveira, Sérgio Ricardo de Carvalho Dantas, Sérgio Roberto Ramos de Melo, Evaldo Soares de Lima e Paulo Sérgio Costa da Purificação	Não há.	Cartel em licitações públicas referentes a compras de material escolar e de escritório por prefeituras municipais no Estado de Pernambuco.

Fonte: Elaboração própria.

Nesses quatro casos, nem todas as pessoas físicas condenadas receberam a penalidade de proibição de exercício de comércio, conforme ilustrado no gráfico abaixo:

¹¹ Os nomes dados para cada processo administrativo foram incluídos apenas para facilitar a leitura ao longo do texto, mas não representam nomenclatura oficial.

Figura 3 – Gráfico com aplicação do inciso VI com base no número de representados

Fonte: Dados obtidos pelo Serviço de Acesso à Informação e gráfico de elaboração própria.

Nos quatro casos, 29 pessoas físicas foram investigadas, sendo que nove delas tiveram o processo arquivado e 20 delas foram condenadas. Dessas 20 pessoas, 15 estão proibidas de exercer comércio pelos cinco anos seguintes à condenação e cinco delas não receberam essa penalidade, apesar de lhes serem impostas penas pecuniárias. O detalhamento dos casos será apresentado a seguir.

2.2.1. Cartel de TI

Essa diferença numérica entre representados condenados e aqueles proibidos de exercer comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica se deu principalmente no Cartel de TI. Nesse caso, apesar de haver seis pessoas físicas condenadas, apenas uma delas foi proibida de exercer comércio. A representada Rochely Lima era gerente comercial de empresa também investigada no processo, sendo a “pessoa física mais ativa na realização dos acordos anticompetitivos em todo o período da conduta”¹². Destaca-se que, nesse caso, a pessoa natural não era administradora de nenhuma das empresas investigadas, mas, devido a sua participação constante e ativa ao longo dos anos, foi enquadrada no inciso VI.

Os administradores condenados, por outro lado, não receberam tal penalidade. O Cade, contudo, não apresentou justificativas para aplicar somente a pena pecuniária. É possível inferir

¹² Processo Administrativo nº 08012.004280/ 2012-40. Voto Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia, SEI 0678863, § 228.

que, devido à participação muito superior e comprovada de Rochely Lima nas práticas anticompetitivas, não seria razoável ou proporcional a aplicação de sanção semelhante a administradores que não tiveram atuação tão intensa no cartel.

2.2.2. Cartel das Mangueiras

O cartel de Mangueiras Marítimas teve desdobramentos a partir de um processo principal que investigou a conduta de pessoas jurídicas. No caso analisado no presente artigo, trata-se da investigação e condenação das pessoas físicas envolvidas nessa mesma conduta. O “cartel internacional entre os produtores de mangueiras marítimas de borracha para fixação de preços e para a manutenção de participações internacionais de mercado ocorreu entre, pelo menos, 1985 e 2007”.¹³

Dentre as pessoas físicas investigadas nesse desmembramento dos autos principais do cartel internacional, três delas tiveram o processo arquivado devido à assinatura de Termo de Cessação de Conduta (TCC) e as outras sete foram condenadas por cartel. Nesse caso, o dispositivo do voto relator aplicou a todos os condenados a pena de não exercício de comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica por cinco anos. As penas pecuniárias vão de 200 mil até um milhão de reais. Contudo, apesar da gradação para aplicação da pena pecuniária – dois dos representados foram considerados coordenadores do cartel enquanto os outros cinco atuaram apenas como representantes da empresa na conduta anticompetitiva –, a proibição do inciso VI foi aplicada da mesma forma sem ponderação, por exemplo, do tempo: todos detêm a restrição de cinco anos para exercício de comércio em nome próprio. Assim, não houve gradação para aplicação de pena não pecuniária nesse caso, a individualização da conduta parece ter ocorrido apenas para a aplicação de multa.

2.2.3. Cartel de Equipamentos Médicos

Trata-se de cartel em licitações municipais para aquisição, em todo o país, de equipamentos e unidades móveis de saúde (“UMS” ou “Ambulâncias”) no período de 1999 a 2005. Além de pessoas jurídicas, pessoas físicas também foram condenadas pela prática de

¹³ Processo Administrativo nº 08012.001127/2010-07. “O cartel tinha abrangência mundial e envolvia fixação de preços e alocações de mercados, clientes e volumes. Em certos períodos de tempo, o cartel operava por meio de um processo de coordenação formal, com um consultor externo.” Voto Conselheiro Relator João Paulo Resende, § 9.

cartel em licitação. Das quatro pessoas físicas envolvidas, duas delas foram condenadas e outras duas tiveram o processo arquivado por insuficiência de provas. Semelhante ao Cartel das Mangueiras, o Cartel de Equipamentos Médicos aplicou a proibição do inciso VI a todos os condenados no processo administrativo.

Além do inciso VI, também foi aplicado o inciso II do art. 38 que prevê a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitação. O prazo para ambas as penalidades não pecuniárias foi de cinco anos. Nesse caso, a justificativa para essa aplicação de refere à limitação da atuação de agentes condenados a participar de novas licitações sejam por meio de pessoa jurídica condenada, seja por meio de outras pessoas jurídicas nas quais as pessoas físicas poderiam atuar como administradoras.

A combinação dessas duas penalidades tem a finalidade de resguardar ainda mais a concorrência no mercado em questão, proibindo aqueles que já atuaram para fraudar as licitações por meio de conluíus. Fica claro que a aplicação apenas do inciso II não seria suficiente caso os mesmos representados pessoas naturais criassem novas empresas para continuar atuando em licitações, reduzindo consideravelmente o efeito dissuasório das penas administrativas aplicadas pelo Cade.

2.2.4. Cartel de Material Escolar

Por fim, o Cartel de Material Escolar também envolve licitações municipais, porém no mercado de material escolar e de escritório no interior do estado de Pernambuco. O cartel foi instaurado após investigações da Polícia Federal cujos desdobramentos também envolveram condutas anticompetitivas. Além de pessoas jurídicas, cinco pessoas físicas foram investigadas e condenadas pelo Tribunal do Cade.

Dessas pessoas físicas, três delas eram parte de microempresas individuais e por isso, além de estarem impossibilitadas de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação pelo prazo de cinco anos (inciso II) também estão incluídas no rol de pessoas proibidas de exercer comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica (inciso VI). Nesse caso, diversas empresas de fachada foram criadas pelos mesmos administradores para participar de licitações distintas e facilitar a troca de informações sensíveis entre concorrentes.

A aplicação do inciso VI, talvez de forma até mais direcionada nesse caso, teve como função, além do caráter dissuasório, de impedir que novas empresas também de fachada fossem constituídas pelos representados condenados e participassem de novas licitações.

2.3. PRINCIPAIS CONCLUSÕES DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Conforme apresentado no início deste capítulo, além do Cade, outras leis também apresentam dispositivos semelhantes ao inciso VI do art. 38 da Lei nº 12.529/2011 que prevê possíveis proibições para o exercício de comércio em nome próprio ou como administradores de pessoas jurídicas como a LGPD e a Lei de Processos Administrativos do BCB e da CVM. O movimento legislativo para a aplicação dessa penalidade demonstra uma preocupação atual e relevante por responsabilizar pessoas físicas e não apenas pessoas jurídicas para coibir práticas ilícitas, algo que não parece estar sendo resolvido apenas pela imposição de multas.

Quando analisados os casos aplicados pelo Cade, também é possível defender que (i) há baixa adesão a essa penalidade pois desde a vigência da nova LDC, apenas quatro casos aplicaram essa penalidade; (ii) ainda não há entendimento consolidado sobre a justificativa para a aplicação dessa penalidade, pois os casos em que isso ocorreu não trouxeram motivações suficientes nos documentos disponíveis para concluir o motivo pela sua imposição; (iii) além da motivação, não há dosimetria para a aplicação dessa restrição, sendo utilizada, em todos os casos, o prazo máximo de cinco anos; (iv) não há correlação entre a gravidade da conduta praticada ou o tempo de atuação em uma prática anticompetitiva e a aplicação do inciso VI, pois ainda não há jurisprudência suficiente para definir um padrão de aplicação do dispositivo.

Com essas conclusões, passa-se a analisar a aplicação de dispositivos semelhantes pelo Reino Unido e como a jurisprudência foi construída nesse país para que, em seguida, seja possível traçar um paralelo entre dois países.

3. A EXPERIÊNCIA DO REINO UNIDO

Este tópico explora como o Reino Unido tem aplicado a desqualificação de diretores, a fim de cogitar de melhorias para a prática institucional do Cade.

Antes, vale contextualizar o cenário internacional. Segundo relatório da OCDE de 2022¹⁴, a penalidade existe em 23 países, embora só 10 deles a prevejam especificamente em leis concorrenciais. Alguns estipulam a desqualificação como efeito secundário automático de condenações criminais no Poder Judiciário (*e. g.* Chile, Irlanda). Outros a tratam como pena a

¹⁴ OCDE. *Director disqualification and bidder exclusion in competition enforcement*, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023. p. 10 (v. também anexo I do relatório).

ser aplicada pela autoridade concorrencial em procedimento administrativo, seguida ou não de condenação prévia por crime (*e. g.* Austrália, Canadá, Japão, Estônia). Outros ainda exigem que o regulador solicite a medida ao Judiciário via processo cível – o que é o mais comum entre os países analisados pela OCDE (*e. g.* EUA, Suíça, Lituânia, Israel, Hong Kong - China).

O Brasil está na primeira e na segunda categoria¹⁵, e o Reino Unido – como se verá com mais detalhe a seguir – enquadra-se na terceira. Em todas as jurisdições, porém, fato é que a desqualificação profissional como pena antitruste é prática relativamente nova e cujos efeitos sobre o mercado ainda vem sendo testados.

Feito esse panorama breve, o item (3.1) expõe as referências normativas – legais e jurisprudenciais – da pena de desqualificação profissional no Reino Unido. O item (3.2) apresenta as vantagens e os desafios do sistema, tal como vem sendo apontado pela doutrina antitruste. Enfim, o item (3.3) traz quadro comparativo da sanção de “proibição de exercer comércio” do art. 38, VI, da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência com a desqualificação profissional de diretores do Reino Unido.

3.1. REFERÊNCIAS NORMATIVAS DA DESQUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL NO REINO UNIDO

A desqualificação profissional no Reino Unido está prevista nas seções 9A a 9E do *Company Directors Disqualification Act* de 1986 (CDDA 1986). Essa lei foi reformada por meio do *Enterprise Act* de 2002 (EA 2002), que incluiu nela explicitamente a base jurídica para inabilitar diretores enquanto pena contra infrações concorrenciais. Antes da mudança legislativa, o direito inglês já usava a desqualificação desde o começo do século XX em outras áreas (*e. g.* direito penal, falimentar, societário, setores regulados)¹⁶. Os dispositivos novos do CDDA 1986 entraram em vigor em 20 de junho de 2003.

Com base no CDDA 1986 reformado, compete à *Competition and Markets Authority* (CMA) requerer ao Poder Judiciário que desqualifique diretores de atuar na gestão de qualquer empresa no Reino Unido por até quinze anos. A autoridade concorrencial deve postular ao juiz que emita uma *Competition Disqualification Order* (“CDO”), documento que estipula o prazo

¹⁵ Para estudo sobre as duas espécies de desqualificação no Brasil (efeito secundário de condenação criminal e pena administrativa autônoma), ver: ATHAYDE, Amanda; CAUHY, Bárbara De’ Carli; ASSIS, Larissa Salsano de. Da pena não pecuniária de proibição de exercer comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica – inciso VI do art. 38 da Lei N. 15.529/2011. In: ATHAYDE, Amanda (org.). *Sanções não pecuniárias no antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2022. p. 309-366.

¹⁶ Sobre as desqualificações no Reino Unido além do antitruste: WILLIAMS, Meyrick. Directors’ disqualification. *International Journal of Disclosure and Governance*, v. 2, n. 3, pp. 281-304, 2005. *passim*.

do impedimento e as restrições específicas contra o indivíduo sancionado (seção 9A). O processo de CDO é de natureza cível, ou seja, não-criminal. Isso é relevante para definir o ônus da prova: diferente de processos penais – que exigem provas “além de qualquer dúvida razoável” para a condenação – o processo de CDU segue a métrica do “balanço das probabilidades” (parâmetro menos rígido)¹⁷. Antes de ingressar com o pedido, ainda na fase investigativa, a CMA deve notificar o diretor respectivo e oportunizar sua defesa prévia. No processo é realizada audiência em que o acusado tem direito a prestar depoimento pessoal e chamar suas testemunhas.

Em alternativa, os próprios diretores podem propor voluntariamente à CVM que celebre um *Competition Disqualification Undertaking* (“CDU”). É espécie de acordo administrativo entre o regulador e o acusado por meio do qual ele se compromete a não gerir empresas por certo tempo (seção 9B). Diferente da CDO, a CDU tem a vantagem de ser firmada entre as partes diretamente, sem a interferência do Judiciário – seja na fase das investigações preliminares (extrajudicial), seja durante o processo de CDO. Se a CMA acolher a CDU na etapa das investigações, a agência deixará de pedir ressarcimento no Judiciário pelos seus custos. Se a CDU é celebrada durante processo judicial, o caso é encerrado de plano e o proponente precisa arcar somente com as custas judiciais pagas pela CMA. Na prática, a CMA diminui o tempo de desqualificação contra diretores que propõem a CDU, embora não haja exigência legal nesse sentido – como se vê na tabela-resumo do Anexo I deste artigo (lista das CDU’s celebradas pela CMA).

A figura do diretor inclui não só os executivos indicados formalmente no estatuto, mas também diretores “de fato”, os chamados “*shadow directors*” no direito inglês – pessoas que, mesmo não listadas nos atos constitutivos, exercem na prática poder decisório ou de gerência dentro da empresa (participar de reuniões, decidir assuntos estratégicos, monitorar funcionários)¹⁸.

A seção 9A do CDDA prevê que a CMA *deve* pedir – e o tribunal *deve* conceder – uma CDO sempre que verificar dois requisitos cumulados. Primeiro: que a empresa à qual o diretor se vincula tenha cometido infração concorrencial. E segundo: que, no entender do juiz, o diretor esteja “inapto” [*unfit*] para exercer a gestão de empresas. O verbo imperativo “deve” na lei

¹⁷ WHELAN, Peter. The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law. In: _____; MACCULLOCH, Rodger B. (orgs.). *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 2021. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3664603>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023. p. 11.

¹⁸ WILLIAMS, Meyrick. Directors’ disqualification. *International Journal of Disclosure and Governance*, v. 2, n. 3, pp. 281-304, 2005. p. 283.

sugere que as competências são *vinculadas*¹⁹. É diferente do Brasil, em que o Cade exerce competência discricionária para avaliar qual sanção – ou qual pacote de sanções, dentre pecuniárias, comportamentais e estruturais – é mais adequada em cada caso concreto.

Examine-se mais a fundo os dois requisitos da lei britânica. Para fins do CDDA 1986, *infração concorrencial* engloba tanto condutas concertadas (geralmente cartel) quanto unilaterais. Vale dizer: a pena é cabível contra ofensas aos capítulos 1 e 2 do *UK Competition Act* de 1998. Esses dispositivos proíbem, respectivamente: (i) acordos entre empresas, decisões de entidades associativas ou práticas concertadas que afetem o comércio dentro do Reino Unido e que tenham como objeto ou efeito prevenir, restringir ou distorcer a concorrência no Reino Unido; (ii) condutas que caracterizem abuso de posição dominante em certo mercado.

Depois da Brexit em 2020, ofensas aos artigos 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia não são mais consideradas infrações antitruste para aplicar a lei britânica (esses dois artigos tratam, de forma parecida com o *UK Competition Act*, de condutas concertadas e de abuso de posição dominante no mercado comum europeu).

Nesse ponto, os regimes sancionatórios do Reino Unido e do Brasil se assemelham. As duas jurisdições admitem a pena para além de casos de cartel *hard core* (fixação de preços, divisão de mercado etc.), incluindo também casos de abuso de posição dominante. Em ambas, a pena se restringe ao controle de condutas; não há remédio semelhante no controle de estruturas (como ocorre, *e.g.*, na Polônia²⁰). Embora admitida em tese, contudo, na prática Reino Unido e Brasil só aplicaram a desqualificação até hoje em face de carteis (mais sobre o único caso britânico de CDU adiante).

Em perspectiva comparada, essa escolha legislativa é relevante: segundo a OCDE, vários países restringem a desqualificação profissional a infrações antitruste mais graves, como o cartel, aproximando-a das penas criminais²¹. Ampliar a incidência da penalidade a condutas unilaterais dificulta o trabalho da autoridade concorrencial: é necessário provar os efeitos anticompetitivos do comportamento da empresa, o que lança maior incerteza sobre a investigação e sobre o resultado do julgamento.

¹⁹ BUCKLEY, Christopher. Competition Disqualification – The English High Court’s Approach Following Re Property Group Ltd (2010). *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021. p. 2-3.

²⁰ OCDE. *Director disqualification and bidder exclusion in competition enforcement*, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023. p. 12.

²¹ OCDE. *Director disqualification and bidder exclusion in competition enforcement*, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023. p. 13-15

Mais: podem surgir críticas à proporcionalidade e à legitimidade da pena – tornando-a passível de anulação posterior (nos países que adotam a medida como sanção administrativa). Cartéis clássicos são em regra bem conhecidos por executivos – além de serem crimes tipificados nas leis de diversos países. Nem sempre isso se dá em condutas unilaterais: um executivo pode não ser versado em teorias do dano no direito antitruste ou desconhecer que certa prática comercial é ilícita²². Por isso, torna-se relevante que a autoridade examine se e em que medida o ato ilícito é imputável à postura do diretor.

O que conduz ao próximo ponto de destaque: os tipos sancionáveis de conduta das pessoas físicas. A lei do Reino Unido admite a desqualificação para ações comissivas e para omissões dos diretores. Nos termos da seção 9A, item (6), do CDDA 1986, ela é cabível em três cenários: (i) a conduta do diretor contribuiu *diretamente* para a infração antitruste (conduta comissiva); (ii) o diretor sabia que a conduta de seus subordinados levaria ao ilícito e *deixou de tomar medidas razoáveis* para impedi-la (primeira hipótese de omissão); e (iii) o diretor não sabia – mas *deveria saber* – da ação de seus funcionários que causou a ofensa concorrencial (segunda hipótese de omissão).

A segunda e a terceira hipótese são importantes para garantir padrões melhores de governança corporativa e *compliance* antitruste. Diretores são desencorajados a ficar propositalmente alheios aos processos decisórios dentro da empresa como tática para se escudar de responsabilidade se uma infração ocorrer. Se a ameaça da pena for crível, a diretoria não poderá ignorar infrações ocorrendo na estrutura da sociedade empresária, e deverá ser mais ativa em entender suas atividades internas para assegurar conformidade de todos os colaboradores com a lei concorrencial²³. O diretor pode ser punido não só por atos dele próprio, mas também pelos de seus funcionários – desde que fique provado que ele foi negligente em impedir o ilícito ou, pelo menos, em se informar sobre o que acontecia na empresa.

Em qualquer caso, o Reino Unido exige o *nexo causal* entre a conduta e a infração antitruste e a *culpa* do diretor. Mais uma vez a sanção está alinhada com a lei brasileira, que prevê a responsabilidade subjetiva (com culpa) das pessoas físicas por infrações concorrenciais, nos termos do art. 37, III, da Lei n.º 12.529/2011 (ao contrário da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas – art. 36, Lei n.º 12.529/2011). Comentadores sobre o exemplo britânico, como Peter Whelan, destacam que impor responsabilidade objetiva aos diretores seria nocivo à

²² OCDE. *Director disqualification and bidder exclusion in competition enforcement*, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023. p. 14.

²³ CRONIN, Zachary. The Competitor's Dilemma Tailoring Antitrust Sanctions to White-Collar Priorities in the Fight against Cartels. *Fordham International Law Journal*, v. 36, n. 6, p. 1684-1731, 2013. p. 1727.

própria competitividade no mercado. Um padrão tão rígido afastaria bons profissionais de assumir cargos estratégicos nas empresas dado o risco alto de serem responsabilizados por práticas fora de seu controle²⁴.

Além disso, a pena correria o risco de ser contraproducente. Se seu objetivo é incentivar a cúpula das empresas a implantar programas efetivos de *compliance*, faz sentido que ela só seja aplicada contra indivíduos que falhem – por negligência, imprudência ou imperícia – em cumprir esse dever (dentro de critérios de razoabilidade e segundo os padrões do mercado da empresa)²⁵. Enfim, a responsabilidade subjetiva busca equilibrar exigências de conformidade empresarial sobre os diretores com o efeito dissuasório da penalidade antitruste.

Passa-se agora ao segundo requisito para a desqualificação: a “inaptidão” (*unfitness*) do diretor para o cargo. Surge a dúvida: que significa um diretor ser “inapto” para gerir empresas? A doutrina concorda em que o critério da “inaptidão”, apesar de exigido na lei, é bastante elástico e difícil de estabelecer em abstrato. O conceito vago abre margem para divergências interpretativas. Williams, por exemplo, identifica o diretor inapto como o que “quebra a moralidade comercial; que age com descaso ou com incompetência”²⁶. Já Whelan sustenta que a inaptidão decorre de “um nível mínimo de culpabilidade”²⁷.

Há um só precedente judicial que norteia a incidência concreta desse requisito: o caso *Re Property Group Ltd*. Trata-se do único caso até hoje²⁸ em que a CMA obteve uma CDO no Poder Judiciário, mas que é tido pela doutrina como sinalização importante para julgamentos futuros. Nele, a autoridade pediu a desqualificação do Sr. Martin do cargo de diretor da *Gary Berryman Estate Agents Ltd*. e das respectivas controladoras, *The Property Group Ltd*. e *Warne Investments Ltd*. O caso versava sobre cartel no mercado de corretagem de imóveis residenciais, no qual cinco empresas fixavam taxas mínimas de comissões para a venda de imóveis na região de *Burnham-on-Sea* na Inglaterra. Ficou provado que o Sr. Martin sabia que funcionários das empresas ajustavam preços entre si, via e-mails, reuniões e telefonemas – e mesmo assim deixou de agir para obstar o cartel.

²⁴ WHELAN, Peter. The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law. In: _____; MACCULLOCH, Rodger B. (orgs.). *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 22.

²⁵ WHELAN, Peter. The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law. In: _____; MACCULLOCH, Rodger B. (orgs.). *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 23.

²⁶ WILLIAMS, Meyrick. Directors’ disqualification. *International Journal of Disclosure and Governance*, v. 2, n. 3, pp. 281-304, 2005. p. 282.

²⁷ WHELAN, Peter. The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law. In: _____; MACCULLOCH, Rodger B. (orgs.). *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 24.

²⁸ Data de conclusão deste artigo: 06 de fevereiro de 2023.

Em julho de 2020, o tribunal acatou o pedido da CMA e concedeu CDO desqualificando o Sr. Martin pelo prazo de sete anos. O juiz entendeu que a conduta do acusado o tornou inapto porque “ficou abaixo dos padrões de probidade e de competência esperados de pessoas aptas a serem diretores de companhias”²⁹.

A decisão em *Re Property Group Ltd* adotou o que se chama de “visão de túnel” (*tunnel vision*). Nessa abordagem, para verificar se um diretor está inapto a exercer o cargo, tribunais consideram *apenas* a conduta que motivou a CMA a pedir a desqualificação. Ou seja: são desconsideradas ações do diretor *antes ou depois* do ilícito antitruste. Por mais que a infração tenha acontecido anos antes do julgamento e que, desde lá, o profissional tenha alinhado seu comportamento às leis concorrenciais, *ainda assim* um tribunal pode ver base para desqualificá-lo³⁰. O comportamento do acusado antes ou depois da infração é levado em conta somente como critério de dosimetria da pena.

Por fim, cabe explicar os efeitos de uma CDO ou de um CDU. Eles consistem em impedir que o apenado: (i) seja diretor de empresa (de direito ou de fato); (ii) receba valores ou bens do patrimônio de empresas; (iii) de qualquer forma, direta ou indiretamente, tome parte em promover, constituir ou administrar empresas; (iv) atue em matéria falimentar. Descumprir as condições da CDO ou do CDU é crime punível com prisão por até dois anos e multa. Além disso, no campo civil, qualquer pessoa que agir contra as ordens de uma CDO ou de um CDU é pessoalmente responsável pelas dívidas da companhia durante o período. Por exemplo, o funcionário que atua segundo instruções de diretor que sabe estar sujeito a uma CDO assume responsabilidade por eventuais dívidas da empresa decorrentes de seu ato.

Os efeitos da desqualificação profissional no Reino Unido são mais abrangentes que a “proibição de exercer comércio” da lei brasileira. O indivíduo é obstado de outras atividades além de exercer empresa (em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica), o que lhe impõe altos custos de oportunidade se for condenado por infração antitruste. E mesmo pessoas terceiras sofrem os certos efeitos cíveis por via reflexa se ignorarem os comandos específicos de certa CDO ou CDU (responsabilidade por dívidas da companhia).

Cabe agora explorar as vantagens do sistema do Reino Unido – e seus principais desafios para os próximos anos.

²⁹ Cf. trecho da decisão citado em: BUCKLEY, Christopher. Competition Disqualification – The English High Court’s Approach Following *Re Property Group Ltd* (2010). *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021. p. 3.

³⁰ BUCKLEY, Christopher. Competition Disqualification – The English High Court’s Approach Following *Re Property Group Ltd* (2010). *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021. p. 3-4.

3.2. VANTAGENS E DESAFIOS DO SISTEMA DE DESQUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL DO REINO UNIDO

Um regime sancionatório antitruste pode ser avaliado pela sua *efetividade* e pela sua *legitimidade*. Ele é efetivo quando garante o maior efeito dissuasório (específico e geral) aos menores custos sociais; é *legítimo* quando respeita a legalidade, a proporcionalidade e é aplicado por autoridade competente seguindo o devido processo.

Do ponto de vista da efetividade, ainda não está claro o quão bem-sucedido é o sistema britânico. Não foram localizados estudos empíricos a esse respeito. De toda forma, um ponto que chama atenção é este: até hoje a CMA só obteve uma única CDO no Poder Judiciário – no já comentado caso *Re Properties*. Significa que a vasta maioria das desqualificações veio de propostas de acordos voluntários pelos próprios acusados, via *undertakings*. Esse fato lança dúvida sobre a capacidade institucional da CMA em investigar a conduta de pessoas físicas, e sobre a real inclinação dos juízes para penalizar diretores com desqualificações.

Existe também a preocupação prática da autoridade concorrencial com os custos e as dificuldades de investigar pessoas físicas. Essa tarefa é mais complexa do que perseguir empresas porque depende de mostrar como o executivo participou do ilícito e, ainda, a extensão de sua culpabilidade. Em 2010, o OFT – que então detinha das competências antitruste da CMA – explicou em consulta pública as razões pelas quais vinham buscando poucas CDO's desde reforma do CDDA em 2003:

[...] são várias razões – por exemplo, porque a conduta em questão é anterior ao poder [da autoridade concorrencial] de buscar CDO's; porque os indivíduos relevantes se beneficiam de imunidade contra CDO's em programas de leniência, ou por falta de provas (tradução nossa).³¹

Outra leitura plausível, no entanto, é a de que a simples previsão legal da CDO encoraja a leniência dos indivíduos acusados por infração antitruste, fazendo com que eles se antecipem ao processo judicial e proponham CDU's à CMA buscando condições mais brandas do impedimento – sobretudo, tempos menores de desqualificação.

Há indícios empíricos nesse sentido. A tabela do Anexo I deste artigo elenca os casos em que a CMA firmou CDU's. A pesquisa localizou 23 casos de *undertakings* aceito pela CMA

³¹ Tradução livre do original em inglês: “[...] for a number of reasons – for example because the conduct in question pre-dated the CDO power, because the relevant individuals benefited from immunity from CDOs under the leniency regime, or because of a lack of evidence.” (OCDE. *Director disqualification and bidder exclusion in competition enforcement*, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023. p. 24.).

entre dezembro de 2016 e janeiro de 2022 por meio de fontes primárias³² e secundárias³³, embora a informação oficial da agência seja de que firmou 24 acordos dessa natureza até março de 2022³⁴. A CMA desqualificou os profissionais por uma média de 5,2 anos – quase um terço do limite máximo da pena, de 15 anos. O maior período de desqualificação é de 12 anos, aplicado em março de 2021 contra Eoin McCann no caso dos produtos de drenagem de concreto. Já o menor período foi de 1,5 ano em face Sion Davies, conforme acordo celebrado em junho de 2019 no caso dos serviços de construção "fit-out". Os dois tratavam de investigações por prática de cartel.

Nesse cenário, seria importante a CMA focar suas energias para além dos CDU's e perseguir mais CDO's diretamente no Poder Judiciário, o que daria maior força e credibilidade à sanção. A própria CMA está alinhada a essa proposta e confia nos benefícios da persecução de pessoas físicas via desqualificações. Em seu relatório anual de 2022, a autoridade deixa claro que “[continuará] usando seu poder de desqualificação de diretores em casos de Direito da Concorrência para assegurar responsabilidade dos indivíduos por práticas ilícitas (tradução nossa)”³⁵. Tudo indica, portanto, que nos próximos anos a CMA se empenhará ainda mais em firmar CDU's e a pedir CDO's. Será necessário acompanhar a evolução dessa pauta no Reino Unido para mapear com consistência seus resultados em termos de efetividade.

Quanto à legitimidade, o caso do Reino Unido se destaca pela *transparência*. De fato, suas autoridades administrativas incluem explicitamente a desqualificação de diretores como parte relevante da política de defesa da concorrência a pelo menos duas décadas.

³² A fonte primária da pesquisa é a lista de casos no site da CMA. Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases?outcome_type%5B%5D=competition-disqualification-undertaking-given>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2022.

³³ As fontes secundárias consultadas são o Relatório da OCDE de 2022 e o artigo de Peter Whelan, os quais trazem levantamentos de casos de undertakings celebrados até suas respectivas datas: OCDE. *Director disqualification and bidder exclusion in competition enforcement*, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023. p. 14-15; WHELAN, Peter. The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law. In: _____; MACCULLOCH, Rodger B. (orgs.). *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 28-29 (anexo I).

³⁴ REINO UNIDO. Competition and Markets Authority. “*Annual Report and Accounts 2021/2022 (for the year ended 31 March 2022)*”. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1097032/Annual_Report_CE.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

³⁵ REINO UNIDO. Competition and Markets Authority. “*Annual Report and Accounts 2021/2022 (for the year ended 31 March 2022)*”. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1097032/Annual_Report_CE.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023. p. 29.

Em junho de 2003, assim que a mudança no CDDA 1986 entrou em vigor, o OFT editou seu primeiro guia sobre desqualificação profissional no antitruste³⁶. Ele detalhava os cinco passos a serem seguidos ao optar por pedir uma CDO no Judiciário. A autoridade verificaria: (i) se a empresa foi condenada por infração concorrencial no tribunal competente; (ii) se uma multa pecuniária foi aplicada; (iii) se a empresa se beneficia de programa de leniência; (iv) a extensão da responsabilidade pessoal do direito pelo ilícito; e (v) eventual presença de condições agravantes ou atenuantes.

O OFT revisou o guia em 2010 seguindo uma consulta pública para tornar a pena mais eficaz, já que até ali ela nunca havia sido aplicada. Foi mantido o procedimento em cinco etapas, mas a autoridade excluiu as restrições autoimpostas de ter que aguardar a prévia condenação da empresa e de esperar que o diretor fosse primeiro multado³⁷.

Quando a CMA substituiu o OFT em 2014, ela incorporou o guia revisado de 2010 – que permaneceu vigente até fevereiro de 2019. Foi quando a CMA editou o *Guidance on Competition Disqualification Orders*³⁸ – guia com a diretrizes que a autoridade segue para investigar diretores e propor sanções de desqualificação via CDO ou CDU (“Guia”). É regulamento bastante detalhado sobre os aspectos substantivos e procedimentais da pena de desqualificação profissional – que vige até hoje. É interessante também observar o aprendizado da CMA com a experiência incipiente do OFT nos anos anteriores.

O novo Guia abandona o esquema rígido de cinco passos (visto como obstáculo para efetivar os pedidos de desqualificação) e no lugar dele coloca princípios – ou *diretrizes* – que norteiam a tomada de decisão da CMA. O objetivo da mudança foi tornar o regime mais flexível. A CMA considera “os fatos e as circunstâncias de cada caso individual, as provas disponíveis e o interesse público na desqualificação do diretor”³⁹, ao mesmo tempo deixando claro que “retém discricionariedade ao decidir se investiga a conduta do diretor, se requer uma CDO ou se aceita um CDU”⁴⁰.

³⁶ REINO UNIDO. Office of Fair Trade. “*Competition Disqualification Orders – OFT guidance*”, 2003. Disponível em: <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-106-6297?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-106-6297?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

³⁷ REINO UNIDO. Office of Fair Trade. “*Director disqualification orders in competition cases – an OFT guidance document*”, 2010. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/713395/OFT_510_guidance.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

³⁸ REINO UNIDO. Competition and Markets Authority. “*Guidance on Competition Disqualification Orders*”, 2019. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CM_A102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders__FINAL__PDF_A-.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

³⁹ Item 4.3 do Guia.

⁴⁰ Item 4.9 do Guia.

Segundo o Guia, a CMA considera diversos fatores para decidir entrar com um procedimento de CDO. Dentre eles constam a natureza e a gravidade do ilícito, sua duração, o impacto – efetivo ou potencial – da conduta sobre os consumidores, a postura da empresa durante as investigações, e, por fim, eventuais práticas anticompetitivas anteriores. Para definir a extensão da responsabilidade do diretor, a CMA avalia se a conduta dele contribuiu ativamente para a infração (ação comissiva), ou se ele se omitiu em impedir o ato (isto é, deixou de agir ou deixou de se informar sobre a conduta de seus funcionários). Novidade do Guia é o papel da cooperação do acusado: mesmo diretores que não são parte de acordos de leniência se beneficiam com tempo reduzido de desqualificação, desde que cooperem “materialmente” com as investigações da CMA. Se a ajuda for substancial, a CMA pode até desistir de entrar com o processo de CDO⁴¹.

Por fim, e ainda sobre a legitimidade, o sistema britânico fornece à CMA e ao Judiciário técnicas para assegurar que restrições a diretores sejam *proporcionais*. O objetivo primário da desqualificação é proteger a economia contra práticas anticompetitivas – e não infligir um mal ao infrator. Em outras palavras: a pena só se justifica na exata medida em que retirar o diretor de sua função beneficia a concorrência no mercado. Trata-se de restrição grave a direitos individuais (livre iniciativa, direito ao trabalho) que deve ser vista com cautela. Com isso em mente, no Reino Unido, juízes têm poderes para *suspender* certas restrições da CDO ou do CDU – seção 17 do CDDA 1986. Ou seja, o indivíduo pode requerer ao tribunal que o libere para exercer funções de gestão empresarial – é a chamada “*application for permission to act*”, ou só “*leave to act*”⁴². O juiz pode então modular os efeitos da CDO ou do CDU para, por exemplo, liberar aquele diretor para atuar em empresas de um setor econômico, ou em uma empresa específica que requer as habilidades dele.

3.3. QUADRO COMPARATIVO DAS PENAS DE DESQUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL NO BRASIL E NO REINO UNIDO

O quadro a seguir resume a comparação entre as penas de proibição de exercer comércio no Brasil e de desqualificação profissional no Reino Unido. Ele considera nove aspectos principais da medida em cada sistema jurídico: (i) previsão legal; (ii) competência para pedir e aplicar a sanção; (iii) os requisitos de sua incidência; (iv) a existência de guia específico da

⁴¹ Item 4.15 do Guia.

⁴² WHELAN, Peter. The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law. In: _____; MACCULLOCH, Rodger B. (orgs.). *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 18-19.

autoridade concorrencial; (v) as infrações puníveis com a desqualificação; (vi) os efeitos da penalidade; (vii) o tempo máximo do impedimento; (viii) o grau de publicidade dado às penas de desqualificação; e (ix) a existência de alternativa consensual à desqualificação imposta pela autoridade antitruste ou pelo Judiciário.

Tabela 2 - Quadro resumo: pena de desqualificação profissional no Brasil e do Reino Unido

	Brasil	Reino Unido
Previsão legal	Art. 38, VI, Lei 12.529/2011	Seções 9A a 9E, <i>Company Directors Disqualification Act</i> de 1986
Competência	CADE	CMA + Judiciário
Requisitos	a) Infração concorrencial; b) gravidade dos fatos ou interesse público geral.	a) Infração concorrencial pela empresa; b) Diretor inapto para gerir empresas.
Guia	Não há	<i>Guidance on Competition Disqualification Orders</i> de 2019
Infrações puníveis	Condutas colusivas e unilaterais	Condutas colusivas e unilaterais
Efeitos	Impedimento de: a) exercer empresa em nome próprio; b) figurar como administrador de sociedades pluripessoais.	Impedimento de: a) atuar como diretor de empresa; b) receber ou gerir bens e valores de empresas; c) promover, constituir ou administrar empresas; d) atuar em falências.
Tempo máximo	5 anos	15 anos
Publicidade	Limitada aos processos administrativos	Lista pública de diretores punidos no site da CMA
Alternativa consensual	Não há	Há: <i>Competition Disqualification Undertakings</i>

Fonte: elaboração própria dos autores.

Essas são as vantagens e alguns desafios do regime de desqualificação profissional do Reino Unido. Claro, é impossível transpor o caso britânico ao Brasil de maneira acrítica. Comparado os dois sistemas, no entanto, fato é que a CMA adotou medidas relevantes usando suas próprias competências administrativas. Nessa linha, é momento de concluir com propostas para melhorar a aplicação da pena do art. 38, VI, da Lei de Defesa da Concorrência na prática do Cade.

4. CONCLUSÕES

A legislação brasileira prevê, para o direito antitruste, a possibilidade de aplicar sanções não pecuniárias a pessoas físicas, em especial, a proibição de exercício de comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica por no máximo cinco anos (LDC, art. 38, inciso VI). Conforme depreendido da jurisprudência do Cade, o tema ainda é incipiente e, em um espectro de 312 casos (processos administrativos julgados entre 2012 a 2022), apenas quatro deles tiveram a aplicação do inciso VI. A baixa aplicabilidade do inciso pelo Cade merece atenção, pois se trata de penalidade com alto poder dissuasório usada de forma proporcional e razoável.

Pelo estudo comparado dos regimes de desqualificação profissional no Direito Antitruste do Brasil e do Reino Unido, constata-se que o sistema britânico inspira medidas interessantes para tornar essa pena não pecuniária mais efetiva – embora ele ainda deva se desenvolver nos próximos anos.

Na linha do que faz a CMA – continuando a política inaugurada pelo OFT em 2003 – há espaço para que o Cade use suas competências administrativas para tornar mais transparente e previsível a incidência do art. 38, VI, da Lei de Defesa da Concorrência. Por isso só, tornar o regime mais claro e incluí-lo explicitamente dentre as prioridades da autoridade concorrencial pode ter efeitos positivos, ao sinalizar ao mercado brasileiro que o Cade buscará – dentro de suas atribuições – responsabilizar pessoalmente diretores envolvidos em ilícitos. Em tese, isso pode aumentar o efeito dissuasório geral da penalidade.

Nesse sentido, sugere-se que o Cade implemente as seguintes medidas, aqui elencadas na forma de proposições objetivas:

1. Elaborar guia sobre a aplicação da pena de proibição de exercer comércio, com as diretrizes que o Cade seguirá nos casos concretos para, ao menos: (i) decidir por impor ou não essa pena às pessoas físicas envolvidas no ilícito; e (ii) realizar a dosimetria da pena (tempo da restrição, setores ou empresas alvo do impedimento). Isso porque os critérios de “gravidade dos fatos” e “interesse público geral” – previstos no *caput* do art. 38 da Lei de Defesa da Concorrência para todas as sanções não pecuniárias – são genéricos demais para nortear o comportamento dos destinatários da norma. O Cade poderia se basear na estrutura do *Guidance on Competition Disqualification Orders* editado pela CMA em 2019.
2. Em paralelo à proposta anterior, recomenda-se ao Tribunal do Cade que explicita os critérios da incidência da pena de desqualificação ao julgar casos concretos. Os poucos casos que a autoridade brasileira examinou até hoje possuem fundamentos

genéricos, insuficientes para consolidar verdadeira jurisprudência administrativa sobre a matéria. Embora o Reino Unido possua um único caso de desqualificação imposta pelo Poder Judiciário – o *Re Property Group Ltd* de 2020 –, nele ficou claro o esforço do tribunal em definir os parâmetros de sua decisão, sobretudo quanto à proporcionalidade da pena e os fatos específicos que tornaram o diretor inapto para exercer suas funções.

3. Além disso, na mesma linha de garantir que a pena seja proporcional, o Cade poderia se espelhar na prática britânica das “*permissions to act*” e impor restrições apenas parciais a diretores (*e.g.*, proibição de atuar como diretor em certo setor econômico atingido pela infração concorrencial). Essa proposta está dentro dos limites textuais do inciso VI do art. 38, que não define o alcance exato do impedimento de exercer comércio. Logo, é legítimo que o Cade, atento ao caso concreto e às necessidades das empresas envolvidas, module a abrangência da restrição profissional.

Portanto, foi confirmada a hipótese deste estudo: o Reino Unido oferece, de fato, caminhos para enriquecer a prática do Cade em torno da pena de desqualificação profissional. É importante que a autoridade brasileira se alinhe aos esforços internacionais de focar seu regime sancionatório também nas pessoas físicas responsáveis, em complemento às multas aplicadas às empresas. A lei oferece ferramentas para isso – e o Cade deve usá-las em todo seu potencial.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda; CAUHY, Bárbara De’ Carli; ASSIS, Larissa Salsano de. Da pena não pecuniária de proibição de exercer comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica – inciso VI do art. 38 da Lei N. 15.529/2011. In: ATHAYDE, Amanda (org.). *Sanções não pecuniárias no antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2022. p. 309-366.

BUCKLEY, Christopher. Competition Disqualification – The English High Court’s Approach Following *Re Property Group Ltd* (2010). *Journal of European Competition Law & Practice*, 2021.

CRONIN, Zachary. The Competitor’s Dilemma Tailoring Antitrust Sanctions to White-Collar Priorities in the Fight against Cartels. *Fordham International Law Journal*, v. 36, n. 6, p. 1684-1731, 2013.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D. Antitrust sanctions. *Competition Policy International*, v. 6, n. 2, p. 3-39, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=1705701>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Organização, processos e acordos administrativos*. São Paulo, Editora Atlas, 2015.

OCDE. *Director disqualification and bidder exclusion in competition enforcement*, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/director-disqualification-and-bidder-exclusion-in-competition-enforcement.htm>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

REINO UNIDO. Office of Fair Trade. “*Competition Disqualification Orders – OFT guidance*”, 2003. Disponível em: <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-106-6297?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/1-106-6297?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

_____. Competition and Markets Authority. “*Annual Report and Accounts 2021/2022 (for the year ended 31 March 2022)*”. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1097032/Annual_Report_CE.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

_____. Office of Fair Trade. “*Director disqualification orders in competition cases – an OFT guidance document*”, 2010. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/713395/OFT510_guidance.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

_____. Competition and Markets Authority. “*Guidance on Competition Disqualification Orders*”, 2019. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/910485/CMA102_Guidance_on_Competition_Disqualification_Orders__FINAL__PDF_A-.pdf>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

SILVEIRA, Paulo Burnier D. *Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense Grupo GEN, 2021.

WHELAN, Peter. The Emerging Contribution of Director Disqualification in UK Competition Law. In: _____; MACCULLOCH, Rodger B. (orgs.). *The UK Competition Regime: A Twenty-Year Retrospective*. Oxford: Oxford University Press, 2021. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3664603>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2023.

WILLIAMS, Meyrick. Directors’ disqualification. *International Journal of Disclosure and Governance*, v. 2, n. 3, pp. 281-304, 2005.

ANEXO I – LISTA DE *COMPETITION DISQUALIFICATION UNDERTAKINGS* ACEITOS PELA *COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY* NO REINO UNIDO

Casos de <i>Competition Disqualification Undertaking</i> aceitos pela CMA (2016-2022)				
Data de aceite	Infrator	Caso	Infração	Prazo
Dezembro, 2016	Daniel Atson	Venda de pôsteres online	Cartel	5 anos
Abril, 2018	David Baker	Corretagem de imóveis em Burnham-on-Sea	Cartel	3,5 anos
Abril, 2018	Julian Frost	Corretagem de imóveis em Burnham-on-Sea	Cartel	3 anos
Abril, 2019	Robert Smillie	Corretagem de imóveis em Burnham-on-Sea	Cartel	6,5 anos
Abril, 2019	Philip Stacey	Produtos de drenagem de concreto	Cartel	7,5 anos
Abril, 2019	Graham Thompson	Corretagem de imóveis em Burnham-on-Sea	Cartel	5 anos
Maiο, 2019	Robb Simms-Davies	Serviços de construção "fit-out"	Cartel	5 anos
Maiο, 2019	Trevor Hall	Serviços de construção "fit-out"	Cartel	2,5 anos
Maiο, 2019	Oliver Hammond	Serviços de construção "fit-out"	Cartel	2 anos
Julho, 2019	Clive Lucking	Serviços de construção "fit-out"	Cartel	4 anos e 9 meses
Julho, 2019	Aki Stamatis	Serviços de construção "fit-out"	Cartel	2 anos e 9 meses
Julho, 2019	Sion Davies	Serviços de construção "fit-out"	Cartel	1,5 anos
Março, 2020	Philip Hallwood	Investigação da nortriptilina	Cartel	7 anos

Junho, 2020	Amit Patel	Tabletes de fludrocortisona	Cartel	5 anos
Junho, 2020	Amit Patel	Investigação da nortriptilina	Cartel	5 anos
Junho, 2020	Neal Mackenzie	Corretagem de imóveis em Berkshire	Cartel	6,5 anos
Junho, 2020	Stephen Jones	Corretagem de imóveis em Berkshire	Cartel	6,5 anos
Março, 2021	Eoin McCann	Produtos de drenagem de concreto	Cartel	12 anos
Março, 2021	Francis McCann	Produtos de drenagem de concreto	Cartel	11 anos
Março, 2021	Mr. Campbell	Chumbo para telhados	Cartel e troca de informação comercial sensível	6,5 anos; 4 anos e 3 anos
Março, 2021	Mr. Hudson	Chumbo para telhados	Cartel e troca de informação comercial sensível	4 anos
Março, 2021	Mr. Sherling	Chumbo para telhados	Cartel e troca de informação comercial sensível	3 anos
Janeiro, 2022	Mr. Sonpal	Investigação da nortriptilina	Troca de informação comercial sensível	4 anos

5. A CONCORRÊNCIA (DES)LEAL COMO ALIADA DO DIREITO ANTITRUSTE? Uma perspectiva sobre práticas ambientalmente não sustentáveis

5. *UNFAIR COMPETITION AS AN ALLY OF ANTITRUST LAW? A perspective on non-sustainable practices*

Camila Monferrari Oliveira

SUMÁRIO. 1. Introdução 2. A concorrência desleal 2.1. A concorrência desleal e suas perspectivas de aplicação: do direito do consumidor ao antitruste. 3. As possibilidades de interpretação sobre concorrência desleal sua ampliação e a conexão com a sustentabilidade ambiental. 3.1. Concorrência desleal, antitruste e sustentabilidade. 4. Concorrência desleal e o antitruste brasileiro. 4.1. Concorrência desleal e antitruste seriam caminhos antagônicos? A livre concorrência na Constituição Federal de 1988. 4.2. A concorrência desleal ambiental como ilícito antitruste no Brasil. 5. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo se propõe a compreender como o conceito de concorrência desleal pode ser utilizado como aliado do antitruste ao combate de práticas comerciais ambientalmente incompatíveis ou insustentáveis. Para tanto, apresenta-se o conceito de concorrência desleal e suas diversas facetas legislativas em algumas jurisdições. Em seguida, o artigo cuida de demonstrar como a conceituação aberta sobre o que pode ser considerado desleal abre uma possibilidade para que as práticas comerciais ambientalmente insustentáveis sejam consideradas também práticas de concorrência desleal. Posteriormente, o artigo se debruça em contextualizar a concorrência desleal na legislação brasileira (a qual surge como responsabilidade civil oriunda da Lei de Proteção Industrial) e expor como ela se relaciona com a previsão da repressão a condutas anticompetitivas. Por fim, o artigo demonstra a possibilidade interpretativa da “concorrência desleal ambiental” na defesa da concorrência brasileira compatível com a Ordem Econômica constitucional.

Palavras-chave: antitruste, concorrência desleal, sustentabilidade, Ordem Econômica.

ABSTRACT: This article aims to understand whether there is room (and how) for the concept of unfair competition to be used as an ally to combat environmentally incompatible or unsustainable commercial practices in the context of antitrust. Therefore, the concept of unfair competition and its various legislative facets in some jurisdictions is presented. Then, the article tries to demonstrate how the open conceptualization of what can be considered unfair opens a possibility for environmentally unsustainable commercial practices to be also considered unfair competition practices. Subsequently, the article focuses on contextualizing unfair competition in Brazilian law (which arises as civil liability arising from the Industrial Protection Law) and expose how it relates to the prediction of repression of anticompetitive conduct. Finally, the article demonstrates the interpretative possibility of “environmental unfair competition” in Brazilian competition defense, compatible with the constitutional Economic Order.

Keywords: unfair competition, sustainability, antitrust, Economic Order.

1. INTRODUÇÃO

A crise ambiental que o planeta vivencia com vigor há algumas décadas vem sendo tópico central nas mais diversas pautas de discussão sobre políticas públicas e ações governamentais. Como estratégia amplamente discutida, políticas públicas verdes atreladas à regulação, tributação e subsídios específicos são consideradas o ponto principal na mudança sustentável.¹ No entanto, o debate atual alcança o que pode ser feito também por outras áreas do direito e das políticas públicas tidas como secundárias nesse objetivo, principalmente quanto aquelas que podem desempenhar papel importante na implementação de formas de negócio e consumo mais sustentáveis, como é o caso do direito antitruste. Contudo, o questionamento que surge é: de que maneira?

Diversas respostas surgem do debate e, inclusive, algumas já vem sendo alvo de implementação concreta, como os guias sobre iniciativas de cooperação ambiental em fase final de discussão na Autoridade Antitruste Holandesa (ACM) e na Autoridade Federal da Concorrência da Áustria (FCA). No entanto, uma das possibilidades discutidas sobre a adição da perspectiva ambiental em relação às práticas comerciais e de consumo tangenciam o *standard* de concorrência desleal e a ampliação da interpretação de seu escopo atual, o que vem sendo recentemente discutido em algumas jurisdições.

Nessa direção, no contexto da discussão antitruste, o artigo 102(a) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) prevê que será considerado abuso de posição dominante a imposição de quaisquer condições comerciais injustas aos concorrentes. Na interpretação do dispositivo, é possível vislumbrar que ele seja aplicado de forma mais ampla e utilizado para atacar práticas injustas ou desleais em outras óticas, como a de combate a condutas comerciais que atentem contra a preservação ambiental.

Movimento sobre a maior utilização e o alargamento do conceito de concorrência desleal vem acontecendo também nos Estados Unidos, impulsionado pelas mudanças na política concorrencial do governo Biden. Em novembro de 2022 a *Federal Trade Commission* (FTC) emitiu documento com a nova declaração de política sobre o escopo de sua autoridade de execução a respeito de métodos desleais de concorrência, modificando a previsão anterior de 2015. Ampliando notadamente a possibilidade de aplicação da Seção 5 da Lei do FTC, que situa a prática de concorrência desleal no contexto antitruste americano como ilegal, a nova

¹ UNIÃO EUROPEIA. Executive Vice-President Vestager's keynote speech at the 25th IBA Competition Conference, delivered by Inge Bernaerts. Disponível em: <http://bit.ly/3j9OrZT>. Acesso em: 30 jan 2023.

declaração centra-se em estabelecer (i) princípios mais amplos sob os quais a conduta será considerada método de concorrência desleal e (ii) se desprende da limitação à autoridade de execução adstrita aos casos de violações da Lei Sherman e da Lei Clayton.²

No Brasil, ao contrário da interpretação da previsão europeia e da tendência norte-americana, a concorrência desleal é matéria tratada alheia ao direito antitruste. A proteção da concorrência justa e leal surge como dissidência da proteção constitucional à livre iniciativa e concorrência, tal como é o direito concorrencial, considerada na perspectiva exclusivamente privada. Prevista pela Lei 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial), o bem tutelado é a proteção do concorrente singularmente considerado e não a tutela da existência de concorrência.³

A partir do cenário brevemente abordado e tendo como objetos a discussão sobre concorrência desleal e a perspectiva ambiental, o presente artigo pretende, inicialmente, estabelecer de que modo a concorrência desleal e o antitruste podem ser combinados na direção da preservação ambiental, e, em seguida, responder ao questionamento sobre a viabilidade dessa discussão sobre concorrência desleal e preservação ambiental no antitruste brasileiro. A hipótese inicial é da plena viabilidade deste caminho na defesa da concorrência nacional, sendo o conceito de concorrência desleal instrumento e auxílio possível ao antitruste na repressão de práticas ambientalmente insustentáveis.

Para tanto, o artigo está organizado em cinco seções, sendo a primeira delas essa breve introdução. A Seção 2 discorre sobre a definição de concorrência desleal e suas perspectivas de aplicação a partir das diversas previsões legislativas sobre o tema nas jurisdições. A Seção 3 aborda a interpretação e a ampliação da concorrência desleal e a interseção com objetivos ambientais. A Seção 4 situa a discussão sobre a concorrência desleal como instrumento da defesa da concorrência e como ele pode ser aplicado pelo antitruste brasileiro para reprimir condutas comerciais não sustentáveis. A Seção 5 apresentará a conclusão do artigo.

2. A CONCORRÊNCIA DESLEAL

Como brevemente abordado na Seção 1, apesar do termo “concorrência desleal” remeter sumariamente à sua possibilidade de ligação direta com o direito concorrencial, esse não é o

² MCENROE, Willian T. *et al.* Federal Trade Commission Announces Expanded Enforcement Authority Under Section 5 of the FTC Act. Publications Morgan Lewis, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3wscxSB>. Acesso em: 20 jan. 2023.

³ FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 253, 2018.

único cenário possível de repressão aos atos de concorrência desleal que surge nas jurisdições. Assim, o item 2.1. a seguir tem por objetivo apresentar algumas definições conceituais de concorrência desleal e analisar as principais perspectivas e variações da repressão à concorrência desleal.

2.1. A CONCORRÊNCIA DESLEAL E SUAS PERSPECTIVAS DE APLICAÇÃO: DO DIREITO DO CONSUMIDOR AO ANTITRUSTE

Historicamente, a primeira previsão sobre concorrência desleal é atribuída à Convenção de Paris de 1883 para Proteção da Propriedade Industrial.⁴ Pelo documento, são considerados como atos de concorrência desleal “qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”.⁵ Em definição mais recente dada pelo *Global Dictionary of Competition Law*, “concorrência desleal é a conduta de um participante do mercado que obtém ou busca obter uma vantagem sobre seus rivais por meio de conduta enganosa, desonesta, fraudulenta, coercitiva ou inconcebível no comércio”.⁶ A definição da *Cornell Law School* aponta, sobre a legislação de concorrência desleal, que ela “é composta principalmente por delitos que causam prejuízo econômico a uma empresa por meio de uma prática comercial enganosa ou ilícita”.⁷

Além das variações possíveis de conceituação e interpretação do conceito, o qual está centrado em um núcleo comum de práticas comerciais praticadas de forma desleal ou desonesta, as formas de repressão à concorrência desleal também apresentam variações substantivas nas diversas jurisdições. Dos 170 países signatários da Convenção de Paris⁸, podem ser mencionados ao menos três pontos nos quais as legislações nacionais se diferem quanto à previsão da repressão à concorrência desleal.

O primeiro ponto concerne ao tipo de legislação a qual a concorrência desleal é considerada atrelada, variando entre (i) direito civil, (ii) direito de propriedade intelectual, (iii) direito antitruste e (iv) direito do consumidor. Como segundo ponto, outra variação possível diz

⁴ A convenção passou por diversas revisões. Em ordem cronológica, o texto foi revisado 6 vezes sendo elas em Bruxelas (1900), Washington (1911), Haia (1925), Londres (1934), Lisboa (1958) e Estocolmo (1967). O Brasil aderiu em 1992 à revisão de Estocolmo. Disponível em: <https://bit.ly/3HhAjFT>. Acesso em: 30 jan. 2023.

⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial – texto oficial em português. OMPI: Genebra, 1998. Disponível em: <https://bit.ly/3RhkDqG>. Acesso em: 30 jan. 2023..

⁶ SIM, Rod. Unfair competition. *Global Dictionary of Competition Law*. Concurrences,. Disponível em: <http://bit.ly/3RgpjNF>. Acesso em: 23 jan. 2023.

⁷ UNFAIR competition. Legal Institute of Information. Cornell Law School, 2021. Disponível em: <http://bit.ly/3RgZCMV>. Acesso em: 30 jan. 2023.

⁸ SIM, Rod. Op Cit.

respeito ao tipo de responsabilidade por atos de concorrência desleal, podendo ser ela (i) civil, (ii) criminal ou ainda (iii) administrativa.

Como resultado dessas duas primeiras variações, o terceiro ponto de divergência está relacionado à ordem ou natureza da repressão à conduta desleal, podendo ser ela de (i) ordem pública ou (ii) natureza privada. Nos casos de responsabilidade administrativa, normalmente a repressão é de ordem pública com a prerrogativa de persecução destinada às agências especiais e exercida administrativamente, sendo comum esse tipo de repressão nos casos em que a concorrência desleal está prevista em legislações antitruste e consumerista. Nos casos de responsabilidade criminal ou previsão de sanção criminal para práticas de concorrência desleal, a persecução também é de ordem pública, por razões inerentes ao próprio tipo de penalidade e suas garantias necessárias. Já nas situações em que a matéria é tratada como geradora de responsabilidade civil, ela apresenta natureza privada, sendo direito do concorrente afetado pela prática desleal ingressar judicialmente contra o agente que a cometeu, visando a obtenção da respectiva indenização pelo ato causador do dano.

É importante destacar que não é incomum que as jurisdições adotem o conceito e a repressão à concorrência desleal em mais de uma seara, considerando, por exemplo, como ilícito apto à responsabilização civil por ação privada, danoso ao consumidor e ainda reprimível pelo antitruste através da autoridade concorrencial.

A exemplo, a legislação francesa aborda a repressão à concorrência desleal em duas legislações: consumerista⁹ e civil, com responsabilização administrativa e civil respectivamente. Na perspectiva consumerista, o foco são práticas de concorrência desleal danosas ao consumidor, como *marketing* ou propaganda enganosa. Segundo a definição do Código do Consumidor francês, são consideradas desleais práticas comerciais contrárias aos requisitos de diligência profissional e que alterem ou possam alterar o comportamento do consumidor. Nesses casos, a repressão será administrativa e realizada por uma unidade de Direção Departamental de Proteção das Populações (DDPP).¹⁰

Sob a perspectiva civil da concorrência desleal prevista pelo Código Civil Francês, há a punição ao abuso da liberdade empresarial¹¹ quando exercido a partir de condutas ou manobras desleais de competição, sendo aplicável essa legislação aos agentes econômicos que se

⁹ SIM, Rod. Op. Cit.

¹⁰ FRANÇA. Ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Pratiques commerciales déloyales Disponível em: <http://bit.ly/3HNje89>. Acesso em: 30 jan. 2023.

¹¹ BOISCUILLÉ, Godefroy de Moncuit de. Concurrence Déloyale. Concurrence, 2022. Disponível em: <http://bit.ly/3Hw7k1d>. Acesso em: 29 jan. 2023.

relacionam, sem relação de consumo. Tal como a base da doutrina de responsabilidade civil, nestes casos devem ser comprovados a culpa do agente econômico que praticou o ato supostamente desleal, o dano causado ao competidor pelo primeiro e nexo de causalidade entre ambos em ação privada de responsabilidade civil.¹²

Na previsão australiana, que passou por recentes mudanças em 2022¹³, há forte previsão sobre práticas comerciais contratuais que sejam injustas e desleais, as quais são reprimíveis pela Comissão Australiana de Concorrência e Consumidores (CACC). Apesar da Comissão também prever penalidades e lidar com casos concorrenciais, a questão da concorrência desleal no contexto australiano se afigura como ligada quase que exclusivamente à proteção do consumidor.¹⁴

Especificamente no Brasil, conforme definição proposta por Antoniazzi, a repressão à concorrência desleal surge como corolário do princípio constitucional da livre concorrência, tendo como objeto primário a delimitação de liberdade de um concorrente perante os demais, estipulando condutas que podem ou não serem adotadas na estratégia competitiva.¹⁵ Quanto às variáveis mencionadas, a repressão à concorrência desleal está prevista na legislação brasileira de proteção à propriedade industrial (Lei 9.279/1996 - Lei de Propriedade Industrial) e divide-se em responsabilidade criminal e responsabilidade civil.

A responsabilidade criminal é configurada nos casos de concorrência desleal específica (art. 195)¹⁶, quando há práticas criminosas como publicação de falsa afirmação sobre concorrente, desvio de clientela e uso de sinal ou propaganda de outro concorrente, dentre outras condutas taxativamente tipificadas.¹⁷ Já a denominada concorrência desleal genérica (art. 209 da Lei 9.279/1996)¹⁸ pode ser concebida na perspectiva privatista de proteção do concorrente contra práticas de concorrência desleal. Nesses casos, há possibilidade de responsabilização civil e há a proteção do concorrente singularmente considerado, sendo a

¹² FICHES d'orientation - Concurrence déloyale - Juillet 2022. Dalloz Actualité, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3HNouZr>. Acesso em: 30 jan. 2023.

¹³ BULL, Mathew; SMITH, Prudence. Australia Significantly Increases Competition and Consumer Law Penalties; Expands "Unfair Contract Terms" Regime. Jones Day Review, 2023. Disponível em: <http://bit.ly/3X6u0Lc>. Acesso em: 30 jan. 2023.

¹⁴ AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. Australian Consumer Law. avoiding unfair business practices - a guide for businesses and legal practitioners. Disponível em: <https://bit.ly/3RC9lgW>. Acesso em: 30 jan. 2023

¹⁵ ANTONIAZZI, Lucas Bernardo. A Análise da perspectiva pública da concorrência desleal através das decisões do Cade. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. p. 34. Disponível em: <https://bit.ly/3HLDx68>. Acesso em 27 jan 2023.

¹⁶ GIORDANO, Denise. Quando ocorre a concorrência desleal?. Consolide. Disponível em: <http://bit.ly/3DJ9Z6s>. Acesso em: 31 jan. 2023.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <https://bit.ly/3wUMbbW>. Acesso em: 24 jan. 2023.

¹⁸ GIORDANO, Denise. Op. Cit.

dimensão de proteção à coletividade apenas resultado indireto e consequencial da tutela requerida pelo concorrente lesado.¹⁹

Em algumas jurisdições, como já mencionado ser o caso da União Europeia, a dimensão de proteção à coletividade por atos de concorrência desleal é abarcada pela repressão à métodos de concorrência desleal no bojo da matéria antitruste, delegando sua aplicação para as agências antitruste nos casos em que há abuso de poder econômico aliado à prática²⁰, mesmo que também eventualmente a prevejam em outras legislações, como a consumerista.

Nos casos em que a concorrência desleal é considerada como prática punível na seara concorrencial, ela comumente é matéria de direito público e a autoridade de defesa da concorrência será o agente competente para sua repressão. Importante pontuar, no entanto, que em alguns sistemas jurisdicionais específicos, como é o caso dos Estados Unidos, a matéria mesmo atinente ao antitruste poderá ser demandada de forma privada pelos concorrentes que se sentirem lesados por práticas competitivas desleais.

É possível observar que a prática de concorrência desleal pode ser reprimida por bases legais distintas e a partir de diferentes formas de repressão, e é assim abordada na maioria das jurisdições. Como abordado, as legislações nacionais, inclusive, conjugam disposições de repressão à conduta desleal em diferentes perspectivas.

Demonstradas as possibilidades nesta Seção 2 e realizada a necessária conceituação sobre os cenários, o recorte a ser utilizado para responder ao questionamento deste artigo será centrado na possibilidade da concorrência desleal como objeto do antitruste e sua inter-relação com a “deslealdade” de práticas ambientais. Assim sendo, a Seção 3 a seguir cuidará de abordar de que a maneira a definição de concorrência desleal pode se conectar com a possibilidade de repressão a práticas comerciais ambientalmente insustentáveis e a preservação ambiental.

3. AS POSSIBILIDADES DE INTERPRETAÇÃO SOBRE CONCORRÊNCIA DESLEAL SUA AMPLIAÇÃO E A CONEXÃO COM A SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

A partir das definições de concorrência desleal apresentadas no item 2.1, nota-se que, mesmo que não unânime, a conceituação de atos ou métodos de concorrência desleal está sedimentada em dois elementos centrais, quais sejam: (i) o cometimento de práticas de mercado

¹⁹ FORGIONI, Paula. p. 253. Ibid.

²⁰ SIM, Rod. Op cit.

exercidas em desfavor de outro agente e (ii) de forma desonesta ou pouco proba, mesmo que esses dois últimos conceitos possam ser considerados de interpretação ampla ou aberta.

Nesse sentido, são esses dois últimos conceitos que apontam para diversas possibilidades interpretativas do conceito. Afinal, o que é concorrência leal? O que seria a lealdade em práticas comerciais? O que é justo no jogo competitivo empreendido pelos competidores? Quais condutas podem ser abarcadas pela consideração de “deslealdade” em uma conduta comercial? Condutas ambientalmente inadequadas podem ser consideradas desleais?

Em resposta aos questionamentos possíveis, pode-se apontar que não há uma indicação interpretativa única e determinada. Apesar de em situações específicas a definição de “concorrência desleal” ser taxativa, a regra é que este seja, de fato, um conceito aberto e apto a comportar variações e análises casuísticas do que seria o comportamento esperado ou prática leal do agente econômico (e quais as suas transgressões).

No Item 3.1, será analisado como o conceito aberto de concorrência desleal e suas possibilidades interpretativas se conectam com a repressão de práticas comerciais não sustentáveis e meio ambiente, na perspectiva da repressão à concorrência desleal pelo antitruste.

3.1. CONCORRÊNCIA DESLEAL, ANTITRUSTE E SUSTENTABILIDADE

No contexto da concorrência desleal no antitruste, Simon Holmes²¹ ao abordar a temática na União Europeia, coloca que o artigo 102(a) do TFEU²² pode ser utilizado no combate de práticas competitivas injustas, desleais e consequentemente não sustentáveis. Na visão do autor, o artigo 102(a) seria uma “espada”, apta a “cortar” práticas “censuráveis do ponto de vista da sustentabilidade e/ou prejudiciais ao meio ambiente”²³. Assim sendo, diversas condutas comerciais poluentes, que causem danos ao meio ambiente, que não se atentem à sustentabilidade a longo prazo de suas práticas industriais, que não promovam o bem-estar animal na cadeia produtiva, dentre outras possibilidades, a partir da abertura do termo “*unfair competition*”, podem ser enquadradas como concorrenciais injustas ou desleais.

²¹ HOLMES, Simon. *Climate Change, Sustainability and Competition Law*. p. 34. Disponível em: <https://bit.ly/3ZXPoVr>. Acesso em: 18 nov. 2022.

²² Artigo 102(a) do TFEU “Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions. Disponível em: <http://bit.ly/3DHr80g>. Acesso em: 10 jan. 2023.

²³ HOLMES, Simon. Op. Cit.

Sob essa ótica, a postura adotada indica, principalmente, que não há meios de se dizer que existe concorrência verdadeiramente justa quando essa é permeada por práticas comerciais aptas a acabar com o próprio meio comum de existência: o meio ambiente. Desse modo, advoga-se que, ao proibir expressamente a prática de condutas desleais nos casos de abuso de posição dominante, o artigo 102(a) apresenta redação que pode ser amplamente interpretada.

Em uma mesma linha, o documento de discussão sobre concorrência e sustentabilidade da *Hellenic Competition Commission*, autoridade concorrencial grega, sinaliza que é importante que as discussões sobre antitruste e meio ambiente também priorizem as condutas unilaterais e abuso de posição dominante; e que uma interpretação mais ampla do artigo 102 do TFUE sobre práticas comerciais desleais é apta a abranger, coibir e possibilitar a repressão de práticas com impactos negativos de sustentabilidade.²⁴

A autoridade grega expõe ainda que a flexibilidade da legislação está também na própria flexibilidade que o termo apresenta em sua redação. A conduta de uma empresa dominante pode ser avaliada e enquadrada como desleal sob os mais diversos pontos de interpretação, tendo em vista que “uma abordagem ampla sobre a definição de preços injustos ou condições comerciais injustas pode levar a considerar aspectos econômicos, sociais, ambientais ou morais na análise de avaliação”.²⁵

Inclusive, o trecho do artigo 102(a) menciona expressamente, antes mesmo da menção a “quaisquer práticas comerciais desleais”, que a instituição de preços desleais também será um ilícito anticompetitivo. Nesse ponto, há importante discussão sobre o impacto da prática de preços desleais para compra de insumos em cadeias produtivas e como isso pode, indiretamente, estimular práticas produtivas ambientalmente insustentáveis pela diminuição de custos. Justo seria, portanto, o preço daquilo que também engloba preocupações com bem-estar animal, sustentabilidade ambiental e o desenvolvimento rural.²⁶

A partir do artigo 102(a) do TFEU, surge uma possibilidade de flexibilização aplicável ao termo, mesmo que seja importante pontuar que ela ainda será vinculada ao *background* jurídico de danos à concorrência. Nesse sentido, a interpretação é possível para os casos em que haja abuso de posição dominante – e não todo ato de concorrência desleal ambientalmente insustentável. De toda forma, como sustenta a literatura sobre o tópico, o direito da concorrência

²⁴ GRÉCIA. Hellenic Competition Commission. Competition Law Sustainability. P. 8. Disponível em: <https://bit.ly/3HxcSsc>. Acesso em: 01 fev. 2023.

²⁵ Tradução livre do trecho: “a broader approach on the definition of unfair prices or unfair trading conditions may lead to consider economic, social, environmental or moral aspects in this assessment analysis”. p. 36. Idem.

²⁶ Op. Cit.

pode comportar uso do termo “concorrência desleal” como “espada” contra a degradação ambiental.²⁷

Não há dúvida, no entanto, de que a discussão se insere no campo de uma possibilidade de alargamento interpretativo da leitura usual do termo “concorrência desleal”. Nesse sentido, como brevemente mencionado na Seção introdutória, a definição de concorrência desleal nos Estados Unidos também sofreu recente modificação, a qual abre novas possibilidades de um alargamento interpretativo da concorrência desleal também no cenário americano.

Apesar de não contar com previsão formal de ampliação e alargamento do conceito de concorrência desleal para que passe a englobar, por exemplo, práticas ambientalmente danosas, a nova previsão da FTC modifica o atual ambiente americano sobre os métodos de concorrência desleal.

A modificação nos Estados Unidos é oriunda de um longo processo de questionamento sobre as atribuições legislativas da FTC e do papel da agência no antitruste americano. Resumidamente, a *Federal Trade Commission* foi criada como complemento à atuação judicial em casos de violação à lei antitruste, tendo duas atribuições básicas: seria a autoridade apta a interpretar e proibir “métodos desleais de concorrência”, conforme a *Section 5*, e a coletar informações comerciais e conduzir estudos do setor à título orientativo, conforme a *Section 6* de sua lei de criação. A ideia era que, a partir da segunda atribuição, a FTC estabelecesse de forma sólida e previsível, com base ainda nos casos judicializados e nos precedentes gerados, quais seriam os métodos de concorrência desleal puníveis, complementando a judicialização da matéria antitruste promovida de ofício e por partes privadas.²⁸

No entanto, isso não ocorreu. Os precedentes não têm sido suficientes para a formação de um conceito sólido e previsível do que é considerado concorrência desleal. Como colocam Khan e Chopra²⁹, contudo, a conceituação a partir dos precedentes não é a única forma possível e a FTC poderia estabelecer o que seriam os métodos ou a concorrência desleal pela via da regulamentação desse termo – o que veio a se concretizar em novembro de 2022.

Assim sendo, a nova “declaração de política” realizada pelo FTC sobre a concorrência desleal está focada em promover duas modificações substanciais no cenário atual. A primeira delas é conferir maior protagonismo à FTC no combate de práticas de concorrência desleal, na

²⁷ NOWAG, Julian. Competition Law’s Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview. Tools for an Examination and a Brief Overview. Lund University Legal Research Paper Series, p. 5, 2019. Disponível em: <http://bit.ly/40HuY3E>. Acesso em: 17 nov. 2022.

²⁸ CHOPRA, Rohit; KHAN, Lina M. The case for “unfair methods of competition” rulemaking. The University of Chicago Law Review, v. 87, n. 2, p. 366, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3DI7ukX>. Acesso em: 16 jan. 2023.

²⁹ Op. Cit.

seara antitruste e para além da legislação antitruste. Nesse sentido, o documento afirma categoricamente que a “declaração deixa claro que a Seção 5 vai além das Leis Sherman e Clayton para abranger vários tipos de conduta injusta que tendem a afetar negativamente as condições competitivas (tradução nossa)”.³⁰⁻³¹

Já a segunda modificação consiste na definição de métodos de concorrência desleal pela via da regulamentação, no entanto, a declaração estabelece uma perspectiva mais ampla do que é atualmente aplicado pelas cortes americanas sobre o conceito. Apesar de elencar diversas condutas que podem ser enquadradas como uso de métodos de concorrência desleal, a declaração institui dois princípios gerais (ou regras de avaliação) para que quaisquer condutas competitivas sejam avaliadas se são ou não práticas comerciais desleais. Segundo os princípios, será considerado uso de métodos de concorrência desleal quando (i) a conduta seja, de fato, um método de competição (e não condição do mercado) e (ii) o método de competição utilizado seja desleal, indo além do ganho competitivo por mérito do melhor competidor.³²

É de extrema importância mencionar que a declaração de política do FTC, ao abordar a necessidade de que a prática desleal seja método competitivo, pontua que “violações de leis geralmente aplicáveis por si mesmas, como leis ambientais ou leis tributárias, as quais apenas conferem ao agente vantagem de custo, dificilmente constituiriam um método de competição”.³³⁻³⁴ Apesar da menção de que a questão ambiental possivelmente não configuraria a concorrência desleal penalizável pelo antitruste, a declaração não descarta que condutas ambientalmente ilegais sejam avaliadas (e não de pronto excluídas da análise) sob o crivo da concorrência desleal.

Em uma análise geral da nova previsão norte-americana, nota-se a tendência de uma maior aplicação da repressão à concorrência desleal, dada principalmente em razão do alargamento das condutas elencadas como possivelmente desleais em termos competitivos³⁵, a

³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act Commission File No. P221202. p. 1. Disponível em: <https://bit.ly/3RxAykJ>. Acesso em: 22 jan. 2023.

³¹ Tradução livre de “this statement makes clear that Section 5 reaches beyond the Sherman and Clayton Acts to encompass various types of unfair conduct that tend to negatively affect competitive conditions.”. Op Cit.

³² Op Cit.

³³ Tradução livre de “conversely, violations of generally applicable laws by themselves, such as environmental or tax laws, that merely give an actor a cost advantage would be unlikely to constitute a method of competition.” Op. Cit.

³⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. p. 8. Op. Cit.

³⁵ MCENROE, Willian T. *et al.* p. 3. Op. Cit.

vasta gama de condutas que podem ser abrangidas pela declaração e ainda uma postura de repressão à concorrência desleal pela FTC mais contundente.³⁶

Nesse sentido, seja diretamente mencionando o uso da concorrência desleal como “espada” para preservação ambiental como tem sido propagando na União Europeia, seja com uma nova tendência interpretativa do conceito (mais ampla e com maior *enforcement*) como nos Estados Unidos, é notório que vem se abrindo uma possibilidade nas jurisdições do uso interpretativo do conceito de concorrência desleal em uma leitura mais ampla da que vinha sendo aplicada a qual pode, possivelmente, ser também utilizada para reprimir práticas competitivas que oferecem danos à dinâmica concorrencial e ao meio ambiente.

Como previamente colocado, a abertura interpretativa inerente ao próprio termo concorrência “justa” ou “leal” abre caminho de análise das práticas comerciais sobre a perspectiva de ambientalmente justa ou leal não só com o mercado, mas com o meio ambiente.

Na sequência, na Seção 4, será abordado como toda a discussão sobre concorrência desleal, repressão antitruste e preservação ambiental se situa (ou pode ser situada) no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

4. CONCORRÊNCIA DESLEAL E O ANTITRUSTE BRASILEIRO

Abordada na Seção anterior a possibilidade da concorrência desleal antitruste a partir de um alargamento interpretativo como apta a reprimir condutas ambientalmente insustentáveis, o item 4.1. analisará a questão da concorrência desleal no contexto brasileiro, enquanto o item 4.2. abordará de que forma a interpretação da “concorrência desleal ambiental” pode ser aplicada e auxiliar o antitruste brasileiro.

4.1. CONCORRÊNCIA DESLEAL E ANTITRUSTE SERIAM CAMINHOS ANTAGÔNICOS? A LIVRE CONCORRÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ao estabelecer a Ordem Econômica brasileira, a Constituição Federal de 1988 prevê que ela observará, dentre outros princípios, a livre concorrência. A partir da previsão constitucional, parte majoritária da doutrina entende que a preservação da concorrência apresenta duas vertentes centrais: a preservação da concorrência na perspectiva individual, com

³⁶ GIBSON DUNN. FTC Announces Broader Vision of Its Section 5 Authority to Address Unfair Methods of Competition. Gibson Dunn, 2022. Disponível em: <http://bit.ly/3DGxTzw>. Acesso em: 26 jan. 2023.

a proteção singular do concorrente, e a preservação da concorrência na perspectiva institucional, com a proteção da concorrência em si considerada.³⁷

A partir dessas duas vertentes, as possibilidades de repressão a condutas anticompetitivas também se cingem. A repressão no contexto individual, realizada a partir do conceito de concorrência desleal, é prevista pela Lei de Propriedade Industrial e pela possibilidade de ajuizamento de ações privadas para indenização oriunda da prática de concorrência desleal. O artigo 209 da Lei de Propriedade Intelectual prevê:

Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio (...).³⁸

Já a repressão institucional se configura a partir da previsão das infrações contra a Ordem Econômica, fundadas no artigo 173 da Constituição Federal e reprimidas por meio do antitruste (Lei 12.529/2011), as quais pretendem preservar os interesses da coletividade em contar com um mercado verdadeiramente competitivo.³⁹

Conforme Sousa, mencionando a conceituação de Marcelo Gazzi Taddei, as diferenciações entre concorrência desleal e a repressão a condutas anticompetitivas não residem apenas no âmbito dos interesses tutelados (individual ou coletivo), mas também oferecem diferenciações quanto tratamento legislativo, como já abordado pela Seção 2 deste artigo, e a forma de responsabilização e repressão.⁴⁰

Os meios empregados para a prática da conduta também se diferenciam nos casos de concorrência desleal e ilícito antitruste. Enquanto no primeiro, a análise e avaliação do meio empregado seria fundamental para que se possa averiguar a existência de deslealdade no ato de comércio praticado; nos casos de infração à Ordem Econômica o meio empregado é pouco significativo, importando seus efeitos reais ou potenciais para a competitividade.⁴¹

³⁷ SOUZA, Simone Letícia Severo e. Das Práticas Concorrenciais Ilícitas: As Diferenças Entre Concorrência Desleal E Infração À Ordem Econômica. Revista de Direito Brasileira. São Paulo, SP, v. 14, n. 6, p. 220, 2016. Disponível em: <http://bit.ly/3RwOnjz>. Acesso em: 15 jan. 2023.

³⁸ BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <https://bit.ly/3wUMbbW>. Acesso em: 24 jan. 2023.

³⁹ SOUZA, Simone Letícia Severo e. Idem.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ p. 228. Ibidem.

Nesse sentido, na análise dos atos ou condutas empregadas visando à prática de concorrência desleal, é comum que eles sejam categorizados em: atos geradores de confusão, atos de desvio de clientela e atos contrários à moralidade comercial.

Aqueles que defendem a ordem exclusivamente privatista, civil e comercial da disciplina do instituto da concorrência desleal, defendendo sua aplicação estanque e enquadrável apenas nas categorias tradicionais acima mencionadas, costumam pontuar a necessidade de que a interpretação do instituto se mantenha dessa forma e apartada da proteção à interesses mais amplos e coletivos. Essa é a posição, por exemplo, de Nunes Barbosa⁴², o qual coloca que tentativas de uso da lógica comercial da concorrência desleal para dirimir outros tipos de questões não é o ideal, e que “a autonomia do direito civil, do direito comercial e do direito público como um todo não tende a ser enriquecida com ‘encontros ecumênicos-metodológicos’”.⁴³

No entanto, essa posição que considera a concorrência desleal e o direito concorrencial caminhos distintos e inconciliáveis na consecução do princípio da livre concorrência na proteção da coletividade não é a única posição. Nesse sentido, Antoniazzi defende hipótese sobre a aplicação do conceito de concorrência por meio da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), adequando a análise ao interesse público.⁴⁴

Antoniazzi⁴⁵, ao analisar essa possibilidade, pontua que a percepção de proximidade ou distanciamento dos conceitos de concorrência desleal e direito antitruste ocorre principalmente em razão do tipo de análise econômica que é feita sobre os efeitos das condutas desleais e das condutas anticompetitivas. No caso da concorrência desleal, analisa-se no Judiciário a extensão do dano e os efeitos ocasionados pela conduta de acordo com a perda gerada em competitividade diante do outro competidor singularmente considerado. Desse modo, a análise dos efeitos da conduta desleal ou do método de concorrência desleal empregado pelo agente em desfavor do mercado competitivo não são objeto da análise. No entanto, isso não quer dizer que eles não ocorram.

A conduta desleal pode gerar, para além da perspectiva do dano individual ao concorrente singularmente considerado, danos para o ambiente competitivo. O autor reforça

⁴² NUNES BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Rivalidade, concorrência desleal e seus novos paradigmas. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 31. ano 9. p. 298. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3Y4FEYo>. Acesso em: 21 jan. 2023.

⁴³ Idem.

⁴⁴ ANTONIAZZI, Lucas Bernardo. A Análise da perspectiva pública da concorrência desleal através das decisões do Cade. *Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2019. p. 6. Disponível em: <https://bit.ly/3HLDx68>. Acesso em 27 jan 2023.

⁴⁵ Idem.

ainda que deixar de considerar esse aspecto da concorrência desleal é, notadamente, desconsiderar que as normas de repressão à concorrência desleal *podem* ser utilizadas como mais uma alternativa de política pública eficiente à repressão necessária de certas condutas de mercado, servindo ao interesse público (o qual pode, igualmente, se voltar para perspectivas mais amplas do que a própria concorrência, como sustenta esse artigo).

É possível, portanto, construir raciocínio aplicável que situe o instituto da concorrência desleal como instrumento aliado à proteção antitruste e condizente com a proteção da própria Ordem Econômica. A existência da concorrência desleal no âmbito da proteção à propriedade intelectual, como forma de garantir o direito ao concorrente lesado de reclamar possíveis danos de prática comercial praticada com deslealdade aos usos comerciais, é forma legítima de assegurar a proteção individual do competidor. Desse modo, é importante que exista essa faceta derivada do princípio da livre concorrência.

Contudo, não é necessário que este caminho seja colocado como antagônico inconciliável do antitruste no interesse público. Como abordado, a concorrência desleal é, sobretudo, conceito que define como reprimíveis condutas praticadas de forma desonesta ou pouco proba em desfavor de outro agente. Nos casos em que esse tipo de conduta atenta não só contra o agente econômico competidor, mas também em desfavor da competitividade coletivamente considerada, não há de se falar em inviabilidade de aplicação do conceito de prática de concorrência desleal como instrumento de repressão do direito concorrencial.

Nesse sentido, dois importantes pontos devem ainda ser mencionados. Em breve pesquisa no site do Governo Federal brasileiro, nota-se que página que conceitua “Concorrência Desleal” pontua que a repressão à conduta engloba também o aspecto de “salvaguarda da concorrência no interesse do público em geral”⁴⁶ e a relaciona com a Lei nº 12.529/2011 (Lei do CADE). No entanto, também no site do Governo Federal, na página destinada ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, menciona-se que a prática de concorrência desleal não apresenta impactos sobre o ambiente concorrencial e é matéria de lide privada, a qual não constitui infração da ordem econômica.⁴⁷ Nota-se, portanto, uma certa confusão das possibilidades de aplicação da concorrência desleal e antitruste no cenário nacional.

Apesar desta mencionada nota na página de autarquia, levantamento também realizado por Antoniazzi⁴⁸ expôs que a temática da concorrência desleal figurou e foi analisada em 6

⁴⁶ BRASIL. Comissão Nacional de Energia Nuclear. Concorrência Desleal. Disponível em: <http://bit.ly/3JJuDhv>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Perguntas sobre infrações à ordem econômica. Disponível em: <http://bit.ly/3X5KNOr>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴⁸ ANTONIAZZI, Lucas Bernardo. P. 55. Idem.

(seis) casos julgados até 2017 pelo CADE. Na totalidade dos julgados analisados, a alegação de existência de prática de concorrência desleal não foi descartada de pronto como matéria alheia à competência do CADE. Em sentido contrário, os seis julgamentos analisaram a possibilidade de ocorrência de concorrência desleal na seara antitruste, mesmo que sob o crivo da existência de posição dominante da empresa supostamente infratora.

Assim sendo, nota-se que há a possibilidade plena de conciliação do instituto da concorrência desleal como mais um instrumento na aplicação da defesa da concorrência. Ambos estão direcionados em um mesmo sentido, a proteção da livre concorrência, e podem ser utilizados em conjunto na perspectiva da preservação do ambiente competitivo. No item 4.2. a seguir será demonstrado, portanto, como essa possível conciliação abordada se relaciona ainda com a repressão antitruste e os objetivos de preservação ambiental e sustentabilidade.

4.2. A CONCORRÊNCIA DESLEAL AMBIENTAL COMO ILÍCITO ANTITRUSTE NO BRASIL

A legislação de defesa da concorrência e a atuação do CADE são, além de consecução do princípio constitucional da livre concorrência, a expressão básica da realização do interesse público. Como se sabe, no entanto, o interesse público não é unívoco ou unidirecional. Nesse sentido, para além da necessidade óbvia de preservação (e recuperação) do meio ambiente; de estabelecimento de padrões de comércio e de consumo mais sustentáveis e do desenvolvimento econômico aliado à sustentabilidade ambiental, a preservação do meio ambiente, no Brasil, é também princípio constitucional previsto pelo artigo 225, *caput* da Constituição e assim constitui o interesse público.

Assim sendo – mesmo que esse não seja o único posicionamento possível sobre os objetivos e o direcionamento ideal da política pública de defesa da concorrência – entende-se que as políticas públicas devem não só se harmonizar na realização dos ditames constitucionais, como também devem contribuir para a mútua realização do interesse público, quando possível.

Como colocado pela seção introdutória, quanto a preocupação com a preservação ambiental, há significativo protagonismo no debate atual sobre qual pode ser o papel do antitruste na questão, em razão de ser disciplina intrinsecamente relacionada com o mercado e com o consumo. Entende-se que a disciplina concorrencial deve caminhar ao lado das demais iniciativas verdes e pode desempenhar função essencial no controle da emergência ambiental e climática, na implementação de formas de negócio e consumo mais sustentáveis e na reversão dos efeitos atuais.

Essa contribuição, inclusive, já vem ocorrendo. Iniciativas de cooperação ambiental⁴⁹ como o Guia sobre Acordos de Sustentabilidade da Autoridade Antitruste Holandesa (ACM) e o projeto de Diretrizes de Sustentabilidade sobre a avaliação de acordos de sustentabilidade da Autoridade Federal da Concorrência da Áustria (FCA) e formulações sobre parâmetros ambientais em fusões e aquisições são caminhos possíveis para um “*green antitrust revolution*”.

No entanto, a contribuição do direito concorrencial pode ir (e é desejável que vá) além dos acordos horizontais de sustentabilidade e da revisão de fusões sob critérios ambientais. Nessa direção, as análises de condutas unilaterais também podem ser repensadas a partir do racional ambiental. Como exposto na Seção 3, é nesse cenário que tem surgido a discussão sobre a possibilidade do uso do instituto da “concorrência desleal ambiental”⁵⁰ na análise antitruste.

No entanto, como isso poderia se adequar ao antitruste brasileiro? A possibilidade de inserção do conceito de concorrência desleal no bojo da análise antitruste já foi abordada e apresentada como plenamente viável na Seção anterior. Assim sendo, a questão que resta é como utilizá-la na repressão de condutas comerciais ambientalmente insustentáveis (e consequentemente concorrencialmente desleais).

O artigo 36 da Lei 12.529/2011, ao prever as infrações à ordem econômica, coloca que constituirão infração, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto exercer de forma abusiva posição dominante.⁵¹ No mesmo artigo, são previstas dezenove condutas que podem configurar a infração contra a ordem econômica. Em análise do disposto pelos incisos do artigo, nota-se que nenhuma conduta elenca, sumariamente, a repressão a condutas anticompetitivas ambientalmente insustentáveis ou a possibilidade dessa análise.

⁴⁹ No mesmo sentido, em 10 de janeiro de 2023 a Comissão Europeia também abriu para submissão de comentários ao seu projeto de guia/diretriz sobre a elaboração de acordos de sustentabilidade no campo da agricultura, o qual visa esclarecer como os operadores ativos no setor agroalimentar podem conceber iniciativas conjuntas de sustentabilidade em conformidade com as leis da União Europeia. Disponível em: <http://bit.ly/3wCCGhF>. Acesso em: 24 jan. 2023.

⁵⁰ BARBOSA, Alan Fuezi de Moura. A conduta do ilícito ambiental como hipótese caracterizadora de infração à ordem econômica internacional e brasileira: a concorrência desleal ambiental. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3ju0xNH>. Acesso em: 01 fev. 2023.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 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 nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3jwJhqQ>. Acesso em: 24 jan. 2023.

Assim sendo, mesmo sem a previsão expressa na Lei 12.529/2011, considera-se que o instituto da concorrência desleal poderia ser aplicado e utilizado na seara antitruste para abarcar e reprimir práticas ambientalmente indesejadas. Nesse sentido, como menciona Barbosa⁵², apesar das dezenove hipóteses de condutas contra a ordem econômica elencadas no artigo 36 da Lei 12.529/2011, é o conceito amplo e com possibilidade interpretativa de concorrência desleal (“que resume a limitação, o falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa”⁵³) que representa mais adequadamente a possibilidade de repressão pelo antitruste da prática competitiva não sustentável.

Isso porque, mesmo que algumas condutas unilaterais possam ser interpretadas sob um crivo ambiental, como é o caso, por exemplo, da discriminação de distribuidor com práticas insustentáveis, a qual se enquadraria no inciso X do mesmo artigo, não são todas as práticas comerciais ambientalmente e concorrencialmente inadequadas que se enquadrariam nas possibilidades já previstas no artigo 36. Como exemplo, pode-se mencionar a utilização de fertilizante proibido, de baixo custo, poluidor e potencialmente cancerígeno por empresa de produção de *commodities* com posição dominante, sendo que este uso promove uma redução de custos significativa diante dos concorrentes apta a, por exemplo, oferecer barreira à entrada considerável. A prática é claramente ilegal do ponto de vista ambiental e deve ser assim sancionada. Mas ela também oferece clara infração à concorrência ao oportunizar que o agente tenha vantagem competitiva *desleal*, não só perante os outros competidores, mas diante da coletividade ao ocasionar também prejuízos ambientais.

Desse modo, entende-se que a aplicação do conceito “concorrência desleal ambiental” configurando ilícito antitruste, apresenta, pelo menos, duas vantagens na direção de promoção de mercados competitivos mais sustentáveis e se apresenta como verdadeira aliada do direito concorrencial nesse sentido. A primeira vantagem enumerável, como já mencionado a partir da interpretação de Holmes do TFEU⁵⁴, é que o conceito de “desleal” oferece oportunidade ideal para que práticas comerciais sejam analisadas sob o crivo de uma lealdade – ou justiça – mais amplo, que leve em consideração também a justiça ambiental (ou mesmo social).

A segunda vantagem é que não haveria a necessidade de alteração legislativa para que o objetivo de preservação ambiental fosse incorporado na legislação antitruste brasileira, sendo necessário apenas o uso interpretativo do conceito de concorrência desleal para tanto. A ideia de concorrência desleal, principalmente nos casos em que há posição dominante do agente, já

⁵² BARBOSA, Alan Fuezi de Moura. p. 38. Idem.

⁵³ Ibidem.

⁵⁴ HOLMES, Simon. Idem.

foi analisada pelo CADE em situações anteriores. Assim, ela poderia ser plenamente utilizada para avaliar se condutas unilaterais que chegam até o CADE não apresentam, de algum modo, práticas concorrencialmente e ambientalmente desleais e passíveis, portanto, de repressão.

Em conclusão, aponta-se que há a plena viabilidade de incorporação da concorrência desleal na análise antitruste brasileira e que essa pode ser utilizada como instrumento importante na repressão de práticas ambientalmente insustentáveis.

5. CONCLUSÃO

Seguramente pode-se afirmar que há necessidade latente de que as mais diversas políticas públicas sejam utilizadas no combate da crise ambiental global e na direção da promoção de desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, vem sendo questionado quais podem ser as contribuições daqueles ramos ou searas que não estão tradicionalmente ligados à preservação ambiental, como é o caso do antitruste.

Como possibilidades de contribuição do direito concorrencial, vem sendo apontados os acordos para cooperação sustentável e as análises de “eficiências verdes” em operações de fusões e aquisição submetidas à análise concorrencial. No entanto, as possibilidades podem também ultrapassar esses dois caminhos. Por essa razão, o presente artigo pretendeu investigar de que modo a concorrência desleal e o antitruste podem ser combinados na direção da preservação ambiental; e o questionamento que guiou o presente artigo foi sobre a viabilidade da discussão a respeito do uso da definição de concorrência desleal no antitruste brasileiro visando a repressão de condutas ambientalmente incompatíveis e, conseqüentemente, a promoção de preservação ambiental.

A hipótese inicial (de compatibilidade da concorrência como instrumento do antitruste brasileiro e possível aliada nos objetivos ambientais) foi confirmada, sendo demonstrado na Seção 4 que (i) o instituto da concorrência desleal pode ser aplicado como instrumento pela defesa da concorrência conforme a livre concorrência e a Ordem Econômica e que, assim sendo, (ii) o instituto da concorrência desleal pode também ser utilizado como meio repressão à condutas ambientalmente inadequadas e insustentáveis pela via do antitruste, sendo aliado vantajoso neste objetivo.

REFERÊNCIAS

- ANTONIAZI, Lucas Bernardo. **A análise da perspectiva pública da concorrência desleal através das decisões do Cade**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. p. 34. Disponível em: <https://bit.ly/3HLDx68>. Acesso em 27 jan 2023.
- ARTICLE 102 — (ex Article 82 TEC). Lexparency, Disponível em: <http://bit.ly/3DHr80g>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- AUSTRÁLIA. Australian Competition and Consumer Commission. Australian Consumer Law. **Avoiding unfair business practices - a guide for businesses and legal practitioners**. Disponível em: <https://bit.ly/3RC9lgW>. Acesso em: 30 jan. 2023.
- BARBOSA, Alan Fuezi de Moura. **A conduta do ilícito ambiental como hipótese caracterizadora de infração à ordem econômica internacional e brasileira: a concorrência desleal ambiental**. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3ju0xNH>. Acesso em: 01 fev. 2023.
- BOISCUILLÉ, Godefroy de Moncuit de. **Concurrence Déloyale**. Concurrence, 2022. Disponível em: <http://bit.ly/3Hw7k1d>. Acesso em: 29 jan. 2023.
- BRASIL. Comissão Nacional de Energia Nuclear. **Concorrência Desleal**. Disponível em: <http://bit.ly/3JJuDHv>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Perguntas sobre infrações à ordem econômica**. Disponível em: <http://bit.ly/3X5KNOr>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- BRASIL. Governo Federal. **Convenção de Paris**. Disponível em: <https://bit.ly/3HhAjFT>. Acesso em: 30 jan. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <https://bit.ly/3wUMbbW>. Acesso em: 24 jan. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 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 nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3jwJhqQ>. Acesso em: 24 jan. 2022.
- BULL, Mathew; SMITH, Prudence. **Australia Significantly Increases Competition and Consumer Law Penalties, expands "Unfair Contract Terms" Regime**. Jones Day Review, 2023. Disponível em: <http://bit.ly/3X6u0Lc>. Acesso em: 30 jan. 2023.
- CHOPRA, Rohit; KHAN, Lina M. The case for "unfair methods of competition" rulemaking. **The University of Chicago Law Review**, v. 87, n. 2, p. 357-380, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3DI7ukX>. Acesso em: 16 jan. 2023.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission. **Policy Statement Regarding the Scope of Unfair Methods of Competition Under Section 5 of the Federal Trade Commission Act Commission File No. P221202**. p. 1. Disponível em: <https://bit.ly/3RxAykJ>. Acesso em: 22 jan. 2023
- FICHES d'orientation - **Concurrence déloyale - Juillet 2022**. Dalloz Actualité, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3HNouZr>. Acesso em: 30 jan. 2023.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018b.

FRANÇA. Ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. **Pratiques commerciales déloyales** Disponível em: <http://bit.ly/3HNje89>. Acesso em: 30 jan. 2023.

GIORDANO, Denise. **Quando ocorre a concorrência desleal?**. Consolide, s/d. Disponível em: <http://bit.ly/3DJ9Z6s>. Acesso em: 31 jan. 2023.

GRÉCIA. Hellenic Competition Commission. Competition Law Sustainability. P. 8. Disponível em: <https://bit.ly/3HxcSsc>. Acesso em: 01 fev. 2023.

HOLMES, Simon. **Climate Change, Sustainability and Competition Law**. Concurrences, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ZXPoVr>. Acesso em: 18 nov. 2022.

MCENROE, Willian T. *et al.* **Federal Trade Commission Announces Expanded Enforcement Authority Under Section 5 of the FTC Act**. Publications Morgan Lewis 11 nov. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3wscxSB>. Acesso em: 20 jan. 2023.

MENDONCA, José Xavier Carvalho de. **Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro**, vol. X, Editora Broxoi.

NOWAG, Julian. Competition Law's Sustainability Gap? Tools for an Examination and a Brief Overview. Tools for an Examination and a Brief Overview (November 1, 2019). **Lund University Legal Research Paper Series**, 2019. Disponível em: <http://bit.ly/40HuY3E>. Acesso em: 17 nov. 2022.

NUNES BARBOSA, Pedro Marcos Nunes. Rivalidade, concorrência desleal e seus novos paradigmas. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. vol. 31. ano 9. p. 265-304. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3Y4FEYo>. Acesso em: 21 jan. 2023.

OCDE. **Environmental Considerations in Competition Enforcement**. Paris: OCDE, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/40qvRxt>. Acesso em: 17 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial – texto oficial em português**. OMPI: Genebra, 1998. Artigo 10 bis. Disponível em: <https://bit.ly/3RhkDqG>. Acesso em: 30 jan. 2023.

SIM, Rod. **Unfair competition**. Global Dictionary of Competition Law. Concurrences, Art. N° 89138. Disponível em: <http://bit.ly/3RgpjNF>. Acesso em: 23 jan. 2023.

SOUZA, Simone Letícia Severo e. Das Práticas Concorrenciais Ilícitas: As Diferenças Entre Concorrência Desleal E Infração À Ordem Econômica. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, SP, v. 14, n. 6, p. 215 – 230, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://bit.ly/3RwOnjz>. Acesso em: 15 jan. 2023.

UNFAIR competition. Legal Institute of Information. Cornell Law School, 2021. Disponível em: <http://bit.ly/3RgZCMV>. Acesso em: 30 jan. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Executive Vice-President Vestager's keynote speech at the 25th IBA Competition Conference**. Disponível em: <http://bit.ly/3j9OrZT>. Acesso em: 30 jan 2023.

6. PARCERIAS ENTRE CONCORRENTES EM CONTEXTO DE CRISE: as formas de estruturação do poder de mercado, os riscos à competição e a atuação da autoridade antitruste

6. PARTNERSHIPS AMONG COMPETITORS IN A CRISIS CONTEXT: Market power structuring, competition risks, and the role of antitrust authority.

Evelin de Cerqueira Melo

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As principais formas de estruturação de poder econômico em momentos de crise. 2.1. Classificação das estratégias quanto à hierarquia e à posição dos membros na cadeia produtiva. 2.2. Operações envolvendo alterações do controle societário. 2.3. Outras estratégias de organização do poder econômico. 3. O *enforcement* antitruste no período da crise pandêmica de Covid-19. 3.1. A aceitabilidade dos atos de concentração de poder de mercado em tempos de crise; 3.2. Os argumentos da *Failing Firm Theory* e do *Declining Market* no contexto de crise. 3.3. As alterações introduzidas no direito concorrencial no contexto de crise pela Lei 14.010 de 2020. 3.4. Recomendações dos órgãos de controle. 3.5. A atuação dos órgãos de controle no ambiente recessivo da pandemia; 4. Casos de destaque envolvendo atos de concentração de poder no contexto da crise pandêmica. 4.1. O importante caso no setor de alimentos e bebidas: “Movimento Nós” como *leading case* para as estratégias cooperativas em tempos de crise. 4.2. Casos afetos à concentração de poder econômico na crise pandêmica envolvendo o setor aéreo. 5. Conclusão.

RESUMO: Em cenários de crise econômica surge uma forte tendência de concentração do poder de mercado, motivada pela necessidade de manutenção no mercado e pela busca de vantagens competitivas. Para tal, as empresas adotam uma variedade de configurações e estratégias de organização empresarial, de acordo com a sua realidade e objetivos particulares. Entretanto, cabe às autoridades concorrenciais avaliar os riscos e benefícios destas estratégias, visando prevenir as práticas puramente anticompetitivas. O presente trabalho, através de pesquisa qualitativa e bibliográfica, aponta as principais configurações empresariais adotadas e analisa os seus respectivos riscos e benefícios, no intuito de identificar as práticas menos nocivas.

Palavras-chave: Crise econômica; Concorrência; Atos de concentração; Estruturação do poder econômico.

ABSTRACT: In scenarios of economic crisis, there is a strong tendency to concentrate market power, motivated by the need to maintain the market and the search for competitive advantages. To this end, companies adopt a variety of configurations and business organization strategies, according to their reality and particular objectives. However, it is up to competition authorities to assess the risks and benefits of these strategies, with a view to preventing purely anti-competitive practices. This work, through qualitative and bibliographical research, points out the main business configurations adopted and analyzes their respective risks and benefits, in order to identify the least harmful practices.

Keywords: Economic crisis; Competition; Mergers; Structuring of economic power.

1. INTRODUÇÃO

Os agentes econômicos, via de regra, são inventivos e ágeis a buscar soluções que lhes proporcionem ganhos de eficiência e, conseqüentemente, vantagens competitivas. Tal vocação se coaduna totalmente com o fundamento da livre iniciativa, consagrado na Constituição Federal Brasileira. Cabe lembrar a máxima aplicável à iniciativa privada, de que aquilo que não lhe é proibido, lhe é permitido.

Em períodos de adversidade não poderia ser diferente. É em tempos de crise que os empreendimentos mais criativos e inovadores se consolidam. Por outro lado, é também neste momento que os negócios buscam alicerces protetivos, ou até mesmo oportunidades que não estariam disponíveis em condições econômicas normais.

A íntima relação do direito da concorrência com o ambiente de crise encontra fundamento na própria origem do antitruste. Foi no período entre a primeira e a segunda guerra mundial que despontou este importante segmento do direito econômico. Surgiu como um instrumento de combate tanto à recessão originada pelos conflitos globais, como à *Grande Depressão* de 1929. Desta forma, a este será recorrido por quantas vezes houver situações de instabilidade econômica.

O exercício da proteção da concorrência exige não apenas o amplo conhecimento das diversas seções econômicas, mas um grau ótimo de alinhamento com o interesse público e as políticas vigentes. O antitruste a todo momento precisa estar voltado para a sociedade, sobretudo em momentos de crise, por se tratar de uma ferramenta de persecução do bem-estar coletivo. Neste contexto, a dicotomia flexibilização x endurecimento das normas concorrenciais ganha maior relevância, dada a pressão social por uma maior liberdade negocial.

O presente trabalho parte do estudo das diversas estratégias de sobrevivência adotadas pelas empresas para então avaliar as ameaças e benefícios de cada uma delas, buscando responder à seguinte pergunta de pesquisa: **em um contexto de crise econômica, a colaboração seria a forma de estruturação do poder de mercado com maior aptidão a beneficiar a sociedade? Quais seriam os cuidados a serem adotados para proteger a concorrência das práticas anticompetitivas?**

Para tal, é tomada como parâmetro a recente crise econômica ocasionada pela pandemia da Covid-19.

É adotada a hipótese inicial de que assim como a crise econômica afeta as diversas classes e setores da sociedade de forma distinta, os remédios a serem adotados também precisam ser particularizados. A cooperação entre particulares permite que estes forneçam soluções customizadas para os respectivos setores.

O estudo é estruturado em três capítulos. O **Capítulo 1** trata de descrever as principais formas de organização do poder econômico, informando os seus fundamentos e justificativas, assim como os efeitos que estas podem produzir no ambiente concorrencial. São apresentadas ainda as principais classificações dos arranjos empresariais, firmando conceitos que serão objeto de estudo dos capítulos seguintes.

Já no **Capítulo 2** há uma reflexão sobre a mudança, em tempos de crise, dos referenciais de aceitação dos atos de concentração. São apresentadas as principais teorias que justificam a aprovação, em regime de excepcionalidade, de transações que oferecem riscos à competição. Em seguida, há uma análise das medidas adotadas nos âmbitos legislativo e regulatório para minimizar os efeitos da recessão, sem perder de vista a proteção do mercado e dos consumidores contra eventuais abusos.

No **Capítulo 3** são examinadas situações fáticas envolvendo práticas de organização empresarial empreendidas no contexto da crise pandêmica ocasionada pela Covid-19. São então identificados os argumentos favoráveis e os contrários à adoção de tais medidas, sendo observada a postura adotada pelos órgãos de controle e pela sociedade. Ao final, são apresentadas as **Conclusões** a respeito de tudo o que foi discutido.

2. AS PRINCIPAIS FORMAS DE ESTRUTURAÇÃO DE PODER ECONÔMICO EM MOMENTOS DE CRISE

De forma sucinta, é possível condensar os objetivos das estratégias de concentração de poder em dois pontos: a obtenção de vantagens econômicas e a eliminação de concorrentes. Este último motivo é o que ocasiona maiores preocupações ao ambiente concorrencial, em especial nos momentos de instabilidade. Entendendo que aquisição é a forma mais prática de se efetivar uma aglutinação de mercado, deve-se perceber que as perdas de valor de mercado e a vulnerabilidade financeira que acomete boa parte das empresas em momentos de crise, as torna suscetíveis à alienação sumária.

Por outro lado, Fujimoto¹ descreve a sociedade anônima como a verdadeira expressão da expansão societária para além de mecanismos tradicionais. É a categoria empresarial que permite uma infinidade de outros arranjos não limitados às operações de aquisição, fusão, cisão, incorporação.

Neste capítulo serão elencadas as principais estratégias de organização empresarial em vista da maximização do seu poder de mercado. Na seção 2.1, são apresentadas as formas de classificação destes arranjos em função da composição hierárquica e a respeito da posição das partes na cadeia produtiva. Na seção 2.2 são descritas as estratégias que envolvem as operações mais comuns e que são regidas pelo direito societário. Na seção 2.3 são detalhados outros formatos derivados do direito societário, e aqueles adotados em decorrência de contratos ou de relações informais entre os agentes.

2.1. CLASSIFICAÇÃO DAS ESTRATÉGIAS QUANTO À HIERARQUIA E À POSIÇÃO DOS MEMBROS NA CADEIA PRODUTIVA

2.1.1. Arranjos de coordenação e subordinação

É possível classificar os métodos adotados pelas sociedades para estruturação de poder, com base na hierarquia interna aos grupos formados, em estratégias de subordinação e de coordenação, também designadas por alguns autores como verticais e horizontais, respectivamente. Importante frisar que tais conceitos não devem ser confundidos com a concepção de atos de concentração verticais e horizontais, uma vez que esta categorização diz respeito tão somente à posição dos empreendimentos na cadeia produtiva, ao passo que aquela se refere ao arranjo de autoridade nuclear dos grupos empresariais.

Nos arranjos horizontais, as distintas empresas se mantêm independentes, participando de forma paritária da coordenação das ações. É possível que seja criada uma instância decisória superior, com esta recebendo, de forma voluntária, uma fração de competência deliberativa de cada um dos componentes. Já na disposição de subordinação, há uma gestão econômica centralizada e exercida por um dos componentes. É o modelo mais comum no panorama atual,

¹FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Participações minoritárias de investidores de investidores institucionais em sociedades concorrentes: implicações competitivas da common ownership Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2020.

e os principais instrumentos jurídicos que permitem uma estrutura dessas características são o contrato de subordinação e a participação totalitária.²

2.1.2. Atos de concentração horizontais

São atos praticados entre concorrentes, *players* que se encontram no mesmo nível da cadeia produtiva, ou que atuam no mesmo mercado. Tais operações têm o condão de somar o poder de mercado dos agentes participantes e lhes dar acesso mútuo a todos ou grande parte dos ativos tangíveis e intangíveis, insumos, canais de escoamento e clientes do concorrente.³ Tal categoria de organização do poder tende ainda a reduzir ou eliminar a competição entre os agentes envolvidos, um efeito bastante indesejado pelos consumidores.

2.1.3. Atos de concentração verticais

São aqueles que envolvem atores estabelecidos não no mesmo mercado, mas em posição anterior ou posterior na cadeia produtiva. Operações e relações com fornecedores de matéria-prima ou com adquirentes ou revendedores do bem produzido são exemplos de atos de concentração verticais.

2.2. OPERAÇÕES ENVOLVENDO ALTERAÇÕES DO CONTROLE SOCIETÁRIO

No Direito brasileiro, as operações societárias são regidas precipuamente pelo Código Civil. São transações que, via de regra, alteram a propriedade do controle diretivo de um ativo empresarial, sendo elencadas pelo art. 90 da Lei nº 12.529⁴ como atos de concentração, estando submetidas ao regime de notificação obrigatória ao órgão controlador caso os grupos envolvidos possuam vultoso faturamento⁵. São as bastante usuais operações de fusão, cisão e incorporação⁶.

² FERRAZ, Daniel Amin; SÁ, Marcus Vinicius Silveira de. Da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de sociedades sob a ótica das relações de consumo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, nº 3, 2016 p. 120-139.

³ RODRIGUES, Eduardo Frade. O Direito Societário e a estruturação do poder econômico. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2016.

⁴ Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

⁵ Nos termos do art. 88, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011, se um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado pelo menos R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e outro tenha registrado pelo menos R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) no faturamento bruto anual ou volume de negócios no país no último balanço, referente ao ano anterior à operação.

⁶ Segundo os arts. 227, 228 e 229 da Lei 6.404/1976: (i) a incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, e a incorporada deixa de existir, mas a empresa incorporadora continuará com

Entre as principais razões apontadas⁷ para a realização de tais operações estão: (i) ampliação de mercado; (ii) obtenção de economias de escala; (iii) diversificação de mercados e riscos – proteção do patrimônio; (iv) sinergia em prol da sobrevivência – soma de forças; (v) remoção de concorrentes; (vi) obtenção de vantagens fiscais; (vii) aquisição de patentes e marcas. Acontece que, além dos motivos estratégicos elencados, há uma outra condição que se aplica aos tempos de crise: o fator liquidação.

Durante os eventos de instabilidade da ordem econômica, é frequente as empresas observarem grandes reduções em seu valor de mercado. De certo, as mais afetadas são aquelas que possuem um menor grau de estabilidade financeira, ou menor porte, ou pouca margem para absorver as oscilações, tanto as puramente comerciais, como as de ordem financeira. Dadas as circunstâncias, surge a oportunidade, para as corporações mais robustas e com capacidade de investimento, de adquirir a um preço baixo ativos que sabidamente valorizarão após o período turbulento. Desta forma, será ampliado, tanto o patrimônio da adquirente, como a sua fatia de mercado e o seu potencial de geração de lucros. Ao mesmo tempo, a operação pode ter como consequência a já citada eliminação de concorrentes ou a diversificação do negócio e dos riscos.

2.2.1. Fusões de resgate

As *rescue mergers*, ou fusões de resgate, correspondem a operações de concentração em que ao menos uma das empresas envolvidas se encontra em tamanho quadro de criticidade que seria forçada a retirar do mercado. A única solução disponível para a sua recuperação é, então, se fundir com um concorrente⁸.

A OCDE estabeleceu como critérios para reconhecer o ato de concentração como fusão de resgate, além do fato deste ser a única alternativa à “resgatada” para evitar a sua saída do mercado, a constatação de que (i) não haja outro comprador que possa oferecer uma solução menos competitiva e (ii) a parcela de mercado da fundida será, de qualquer forma, assumida

a sua personalidade jurídica; (ii) a fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, resultando na extinção de todas as fusionadas para dar lugar à formação de uma nova sociedade; e (iii) a cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a cisão.

⁷ BELIZARIO, Raphael Bloch. 7 principais motivos para fazer fusões e aquisições (M&A). Grupo BLB Brasil, 2021. Disponível em: <<https://www.blbbrasil.com.br/blog/motivos-para-fazer-fusoes-e-aquisicoes/>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

⁸ Aqui, entenda-se a fusão como um termo genérico, englobando também as operações envolvendo a alienação de ativos, como a cisão e a incorporação.

pela adquirente⁹. Assim uma fusão ou aquisição que normalmente levaria à criação ou fortalecimento de domínio, não deve ser considerada como causadora desse resultado.

Por outro lado, deve haver um cauteloso exame das circunstâncias em cada caso concreto, no intuito de evitar a aprovação de fusões anticompetitivas disfarçadas de resgate, uma vez que estas geram um duradouro impacto negativo na concorrência.

2.3. OUTRAS ESTRATÉGIAS DE ORGANIZAÇÃO DO PODER ECONÔMICO

Importante compreender que o Direito Societário, como concebido, constitui ferramenta importante para a efetivação das estratégias empresariais em vistas de ampliação de poder de mercado. Da mesma forma que uma sociedade empresária pode exercer grande influência sobre o ambiente concorrencial, os seus acionistas, isoladamente ou em conjunto, também o podem. Por óbvio, tal capacidade de intervenção varia de acordo com a quantidade e a espécie de ações detidas por um indivíduo ou grupo.¹⁰

Nos itens 1.3.1 e 1.3.2 serão explanadas algumas estratégias de organização do poder econômico derivadas do direito societário. Já nos itens 1.3.3 a 1.3.5 são abordadas estratégias puramente contratualistas e as baseadas em relações informais.

2.3.1. Influência dominante e influência relevante

Para as sociedades por ações¹¹, as leis societárias e contábeis estabelecem a existência de controle quando o agente ou grupo detém a maioria do capital votante de determinada empresa. É a denominada *influência dominante*. Aquele que controla a companhia, é capaz, através desta, de exercer tanto impacto sobre o ambiente concorrencial quanto maior for a parcela do mercado dominada por ela.

O controle em questão não necessariamente precisa ser exercido de forma direta. Muitas vezes os grupos utilizam empresas intermediárias, gerando um emaranhado de participações que, ao final, possuem a mesma titularidade.

As corporações fracionadas em participações podem assumir as formas: (i) radial, quando uma sociedade mãe possui participações em várias outras sociedades filhas, estas últimas não possuindo nenhum elo entre si, mas tão somente interligadas através daquela; (ii)

⁹ OECD. Policy roundtables: Failing Firm Defence. 1995. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/1920253.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

¹⁰ RODRIGUES, op. cit.

¹¹ No Brasil são adotados como modalidades de sociedades por ações a sociedade anônima e a sociedade comandita por ações.

circular, quando há cruzamento de participações entre a sociedade mãe e as sociedades filhas, podendo estas, inclusive, deterem participações naquela, causando, eventualmente, alguma confusão patrimonial¹²; (iii) piramidal, em que a sociedade mãe possui participação em algumas sociedades filhas, e estas detém participação em outras sociedades, e assim sucessivamente, permitindo o controle de um enorme volume de participações. No Brasil há a prevalência das estruturas piramidais.¹³

Por outro lado, a influência inerente à aquisição de controle não é o único modal de ampliação do poder de mercado. É comum o exercício de *influência relevante* sobre uma sociedade quando, participando da sociedade com uma parcela entre 20% e 50% do capital desta¹⁴, e em combinação com outros elementos que concedam ao titular poder para tal, este passa a interferir diretamente nas operações da organização.

2.3.2. Acesso a informações estratégicas, interesse financeiro e os contatos estratégicos

Há ainda a possibilidade de *acesso a informações estratégicas*, normalmente fornecido através de um fluxo coordenado de dados cujo conteúdo deveria permanecer sob sigilo empresarial. Em geral, tal comunicação é danosa ao equilíbrio de mercado e à concorrência.

Por fim, é possível citar ainda o *interesse financeiro* e os *contatos estratégicos*. Na primeira situação, o fato de uma empresa deter participação, ainda que mínima, de uma concorrente, é capaz de desestimular a competição entre ambas, por manifesta conexão entre o lucro da investida e o lucro da investidora. No segundo caso, as empresas concorrentes, por possuírem administradores atuando em ambas¹⁵, relações entre os respectivos sócios, ou até mesmo investimentos em comum, passam a adotar estratégias coordenadas para obterem maiores vantagens competitivas. Esta conjuntura tende a provocar conflitos de interesses em diversas ocasiões, além apresentar um elevado potencial de ilicitude¹⁶, dada a facilidade de colusão.

¹² FERRAZ, op. cit.

¹³ FUJIMOTO, op. cit.

¹⁴ Nos termos do art. 243, §5º, da Lei 6.404 de 1976, resta “presumida a influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais dos votos conferidos pelo capital da investida, sem controlá-la”.

¹⁵ Aqui inclusos os chamados *interlocking directorates*, prática em que membros de uma diretoria corporativa atuam em órgãos de administração de outras empresas. É uma prática legal, bastante difundida na prática societária (FERRAZ E SÁ, 2016, p.120).

¹⁶ RODRIGUES, op. cit.

2.3.3. A cooperação e as relacionamentos interorganizacionais (RIOS)

As redes cooperativas empresariais são um método originário do direito italiano e alemão¹⁷. São resultado do empenho dos seus componentes em prol de um programa conjunto preestabelecido, com foco na realização de operações atinentes ao objeto social de seus membros. Possuem como maior benefício o aumento da eficiência corporativa e a possibilidade de implementação de grandes projetos, os quais não seriam passíveis de execução caso os integrantes atuassem de forma isolada. Propiciam também um maior poder de barganha, gerando economia de escala em suas transações.

A cooperação é comumente adotada na forma de *pools* de serviços, proporcionando o compartilhamento de custos indiretos, mas também pode ser efetivada através de contratos de compra e venda em grandes quantidades, utilização de infraestrutura comum, dentre outras formas. É opcional a celebração de contrato ou a criação de uma nova personalidade jurídica para tal.

Com o advento da crise pandêmica da COVID-19, muitas empresas adotaram esta estratégia competitiva, optando por trabalhar em um ambiente colaborativo para garantir a continuidade das suas atividades e a manutenção dos seus vínculos contratuais e empregatícios.

Já os relacionamentos interorganizacionais surgem a partir de uma cooperação mais duradoura entre as organizações, decorrendo em fluxos e ligações que as permite manter as vantagens competitivas em face aos concorrentes não vinculados à rede. O poder também é apontado como um fator motivador dos relacionamentos interorganizacionais, uma vez que surge a oportunidade de uma empresa induzir as pretensões e atividades da outra e, conseqüentemente, ampliar o seu domínio sobre o mercado.

2.3.4. Joint ventures e codeshares

As *joint ventures* são associações temporárias de empresas visando a exploração de determinado negócio. Se aproximam da fusão, mas desta se diferenciam por preservarem as suas personalidades jurídicas independentes, numa relação sem caráter duradouro e com

¹⁷ MASSARO, Vanessa. Rede de empresas: uma alternativa para enfrentar a crise pandêmica. Jornal eletrônico Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/84705/rede-de-empresas-uma-alternativa-para-enfrentar-a-crise-pandemica>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

objetivos específicos e limitados, como a execução de projetos de grande magnitude ou a inserção em um mercado com elevado risco.¹⁸

Já os acordos de *codeshare* são acordos celebrados entre empresas do ramo de transporte aéreo, em que as companhias compartilham o mesmo voo e vendem os bilhetes de forma individual, como se fossem seus.

2.3.5. Condutas coordenadas – Cartéis

As condutas coordenadas, comumente apelidadas de cartéis, em geral, consistem em associações colusivas entre empresas que se encontram no mesmo nível da cadeia produtiva. São pactos horizontais, que possuem como objetivo fixar, de forma antinatural, preços e quantidades de produtos, bem como dividir o mercado geográfico, a despeito da concorrência e dos consumidores. Para Rodrigues¹⁹, tal postura é ilícita por seu próprio objeto, devido ao seu elevado potencial lesivo, bem como ausência de justificativa plausível, que não uma finalidade anticompetitiva. O autor aponta que estas iniciativas têm sempre o escopo de ensejar a limitação ou extinção da competição. Aqui os agentes econômicos adquirem elevado poder de mercado, o qual não seriam capazes de alcançar atuando de forma isolada. Passam então a obter maiores lucros e vantagens, em detrimento dos consumidores.

Alguns autores associam a formação dos cartéis a impactos nos lucros empresariais e a disfunções de mercado que permitem tal comportamento. Algumas condições podem favorecer o seu surgimento, como a alta demanda, a alta capacidade de produção, a iminência da entrada de concorrentes no mercado, ou a alteração no ambiente regulatório dos setores²⁰.

No mundo todo, há uma discussão a respeito da admissibilidade dos chamados “cartéis de crise”, em que as práticas já mencionadas são adotadas para defender um setor numa situação de instabilidade econômica. Estão geralmente relacionadas a um excesso de oferta, originada da sobre capacidade produtiva ou de reduções na procura. Tal excesso de produção, em um ambiente competitivo, obrigaria os agentes a ofertarem seus produtos a um preço mais baixo, ou a operarem aquém da sua capacidade nominal, o que, em qualquer dos casos, ocasionaria perdas. Assim, uma vez ameaçada a sustentabilidade operacional das empresas, há uma maior tendência à colusão, visando evitar que estas sejam forçadas a interromper temporariamente as

¹⁸ FILHO, João Glicério de Oliveira; CARVALHO, Victor Chang Almeida. Aspectos concorrenciais do regime jurídico e emergencial transitório em face da pandemia COVID-19. In: PERIANDO, Fábio; ANDRADE, Rodrigo. Comentários ao R.J.E.T.: uma análise das alterações transitórias e emergenciais no direito privado trazidas pela Lei 14.010/2020. Salvador: Editora Direito Levado a Sério, 2020.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ DIAS, Beatriz de Almeida. O combate à cartelização em Portugal em tempo de crise epidémica COVID 19. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia da Universidade do Porto, Porto, 2022.

suas atividades. As autoridades concorrenciais mantêm um intrincado debate ao avaliar a relação risco x benefício da formação dos cartéis do bem. Os julgamentos do CADE, via de regra, sinalizam para o fato de que os efeitos negativos à concorrência são presumidos, entendimento que é extraído a partir da experiência mundial a respeito do tema²¹.

3. O ENFORCEMENT ANTITRUSTE NO PERÍODO DA CRISE PANDÊMICA DE COVID-19

Este capítulo discute as posições doutrinárias e ideológicas a respeito da flexibilização da aplicação das políticas antitruste. Na seção 2.1 são apresentados os fatores favoráveis e desfavoráveis à flexibilização da política concorrencial dentro do ambiente recessivo. Na seção 2.2 são expostas duas das principais teorias de defesa da flexibilização do antitruste para situações de crise. Na seção 2.3 são avaliados os impactos da Lei 14.010 no direito concorrencial. Já na seção 2.4, são tratadas as principais recomendações dos órgãos de controle visando a superação da crise e a prevenção a condutas anticompetitivas. Por fim, a seção 2.5 analisa o comportamento dos entes governamentais no tratamento das demandas concorrenciais durante a pandemia.

3.1. A ACEITABILIDADE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE PODER DE MERCADO EM TEMPOS DE CRISE

É indiscutível o caráter rigoroso e cauteloso com que devem ser apuradas as transações que possam representar concentração excessiva de poder econômico, com potencial risco lesivo à concorrência e à ordem econômica. Entretanto, conforme já relatado, em momentos de crise, à medida que a concorrência não se revela como um fim em si mesmo, devem ser ponderados outros elementos que podem produzir impacto direto sobre a sociedade. Neste sentido, é comum que, nestas situações atípicas, o corpo social exerça pressão sobre os entes públicos para que haja uma flexibilidade em prol dos particulares.

Os órgãos de defesa da concorrência então partem do pressuposto de que a saída de determinado agente do mercado tende a causar maiores danos à concorrência (em razão da perda de ativos e do desemprego em massa) do que a concentração em si, já que a extinção do

²¹ RODRIGUES, op. cit.

concorrente gera sua retirada do mercado, que passa a contar com um *player* a menos.²² É importante entender que, em determinadas conjunturas, esta retirada pode ocasionar uma acumulação de poder econômico maior nas mãos dos *players* remanescentes, do que a permanência da empresa sob condição de rearranjo societário, ainda que esta reorganização seja realizada em moldes não aceitáveis em momentos de estabilidade econômica.

Em uma rodada de discussões realizada em 2016, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento – OCDE, se empenhou em estabelecer quais seriam os principais valores de qualquer política antitruste. Como em qualquer entidade política colegiada, visões ideológicas diversas impediram a formação de um consenso. Entretanto, a maioria dos presentes sinalizou para a busca do bem-estar social, a eficiência do processo competitivo e a eficiência alocativa.²³

O princípio da preservação da empresa, derivado da função social da propriedade, passa a ser entendido como uma ferramenta a viabilizar o fundamento da dignidade humana e, conseqüentemente, a orientar o poder público e a ordem econômica. Desta forma, objetivos como a conservação dos vínculos empregatícios, a proteção do mercado de crédito e o recolhimento de tributos, dentre outros, também norteiam a defesa da concorrência.

O estudo temporal do emprego das políticas antitruste revela a redução da sua aplicação em momentos de crise. Nos Estados Unidos, por exemplo, nação de origem do combate às práticas anticoncorrenciais, o enfraquecimento da legislação, bem como o comedimento na atuação dos órgãos de controle foram marcantes durante o *New Deal*²⁴ e também no período recessivo de 2008.

Entretanto, em que pesem os argumentos sociais a favor de uma maior liberdade negocial nestes lapsos, a *International Competition Network - ICN*²⁵, através do documento “*The case for competition policy in difficult economic times*”, publicado no último trimestre de 2009, alega que os efeitos da flexibilização das políticas antitruste, ainda que em situações de instabilidade, são adversos.

²² BURG, Amanda Karolini. A aplicabilidade da Failing Firm Theory no controle de atos de concentração pelo Cade de acordo com a Teoria Estruturante do Direito. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2019.

²³ PIMENTA, Roberto de Castro. O interesse público no controle de concentrações econômicas: Histórico, perspectivas de direito comparado e a experiência do CADE. ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Paulo Burnier da (Orgs). Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais - Volume II. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2019.

²⁴ Plano de recuperação da economia dos norte-americanos após a quebra das Bolsa Valores de Nova Iorque (1929), implementado por Franklin Roosevelt entre 1933 e 1937.

²⁵ Rede global de defesa da concorrência criada em 2001, cuja finalidade é promover e divulgar entre seus membros as melhores práticas contra abusos de poder econômico.

Os estudos apontam que a concorrência é um elemento de estímulo à recuperação econômica e, em sentido oposto, a flexibilização das suas diretrizes direciona a sociedade a uma série de prejuízos de longo prazo, que vão desde o enfraquecimento da cultura concorrencial até a manutenção, no ambiente econômico, de custos antes inexistentes, a serem absorvidos pelos consumidores. Segundo o ICN, muito embora haja acusações de que a competição irrestrita contribui para o agravamento de crises, as evidências demonstram o contrário.

Aqui importa lembrar que a concentração econômica é também um dos próprios efeitos resultantes de uma crise. As formas de estruturação do poder econômico apresentadas neste trabalho evoluem no caminho da aglutinação do poder de mercado, independente se possuem finalidade lícita ou ilícita.

E, entendendo que é indiscutível, no curto prazo, a presença de benefícios decorrentes da continuidade de qualquer empresa, a discussão central a respeito da aceitabilidade dos atos de concentração em momentos de crise, gira em torno da existência - ou não - de finalidade ilícita nas transações elencadas, e do seu potencial lesivo²⁶.

É plenamente factível o estabelecimento de critérios objetivos para mensurar o potencial lesivo de uma conduta centralizadora, tendo como base, por exemplo, o volume de capital e o *market share* envolvidos nesta. Assim, é possível entender a dimensão do poder a ser concentrado e avaliar o risco de que o agente econômico aglutinador possa assumir uma posição de dominância sobre os demais.

Em relação à análise de ilicitude, esta é mais complexa e envolve uma maior subjetividade por parte da autoridade competente que, em momentos de crise, se vê pressionada a adotar uma postura um pouco mais permissiva. O foco é aferir se a justificativa para a adoção da conduta discriminada é estritamente pautada em razões legítimas e evidentes de negócio, ou se a finalidade principal é, na verdade, gozar de vantagens anticompetitivas e comprometer a concorrência. E isto demanda um trabalho investigativo e proativo que nem sempre as circunstâncias e os recursos disponíveis permitem.

3.2. OS ARGUMENTOS DA *FAILING FIRM THEORY* E DO *DECLINING MARKET NO* CONTEXTO DE CRISE

3.2.1. *Failing Firm Theory*

²⁶ Usualmente a avaliação de potencial lesivo é abarcada pelos critérios de análise de ilicitude da conduta.

A *failing firm theory* – FFT, pode ser definida como uma doutrina que entende pela necessidade de aprovação de operações societárias envolvendo empresas duramente afetadas por crises financeiras, constituindo atos de concentração que, em situações normais, seriam reprovados ou aprovados com restrições pelos órgãos reguladores. A tese em questão se refere a casos de empresas em situação de falência, adotando a premissa de que o cenário de concentração será agravado caso haja a restrição ou reprovação da transação.²⁷

Por outro lado, é de se imaginar que a utilização dos argumentos da FFT seja aproveitada por *players* que tão somente pretendem aproveitar o momento de crise e a redução do valor de mercado das empresas para realizar aquisições e buscar uma posição de dominância.

O Departamento de Justiça (DOJ) e a Comissão Federal do Comércio (FTC) estadunidense estabeleceram os seguintes requisitos para que a FFT pudesse ser aplicada nos casos concretos: (i) a iminente insolvência da empresa num curto prazo; (ii) a patente impossibilidade de reorganização da empresa; (iii) a comprovação de que a adquirente buscou, de boa-fé, alternativas razoáveis para a “falida” e que representassem menor risco à concorrência do que a proposta em análise; (iv) caso a operação não aconteça, a empresa “falida” deixará o mercado.²⁸

Tais requisitos deixam clara a preocupação governamental com os impactos decorrentes do encerramento das atividades por parte da empresa afetada pela crise, de forma a tornar aceitável o risco concorrencial decorrente da estratégia de venda de ativos e aglutinação de mercado. Entretanto, é importante ter em vista que as instabilidades econômicas em algum momento serão superadas, e que geralmente as empresas realizam operações visando o longo prazo. Logo, é provável que a condição mercadológica estabelecida durante a excepcionalidade se torne perene.

Voltando a atenção para o contexto pós-pandêmico brasileiro²⁹, não há óbices à aplicação da teoria da empresa falida. Todavia, na análise de caso concreto, se este atender aos requisitos do art. 88, § 6º, da Lei n.º 12.529, com tendência de ganhos de eficiência e competitividade, com reversão de benefícios aos consumidores, a FFT assume tão somente um papel secundário, dada a imediata subsunção do ato ao dispositivo legal.

²⁷ BURG, op. cit.

²⁸ U. S. Department of Justice (DOJ); Federal Trade Commission (FTC). Horizontal Merger Guidelines. 1997. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

²⁹ A partir do segundo trimestre do ano de 2022, quando foram suprimidas as restrições à circulação de pessoas em decorrência da COVID-19.

3.2.2. *Declining Markets*

Os *declining markets*, ou mercados em declínio, são aqueles em que há uma redução constante da demanda e que não há perspectiva de reversão deste quadro. Tal restrição pode ser originada a partir da evolução dos meios de consumo, das mudanças de comportamento do consumidor, ou outros fatores que atinjam de maneira permanente a demanda. Importante perceber que estas situações não devem ser confundidas com as variações sazonais.

Ao longo dos anos, foi desenhado o entendimento de que, em se tratando da análise de operações societárias realizadas em contextos setoriais de declínio, os órgãos de defesa da concorrência devem examinar com cautela a possibilidade de concentração de poder de mercado, dada a sua improbabilidade, em razão da crise estrutural do setor. Nestas situações, condutas de abuso de poder põem em risco a própria existência do modelo de negócio das empresas existentes e, conseqüentemente, do próprio mercado.³⁰

Diante disto, em contexto de crise generalizada, com afetação a diversos setores econômicos, é compreensível que a teoria do mercado em declínio seja aplicada no ambiente pandêmico de recessão. Para tal, é necessário um recorte temporal mais reduzido, compreendendo as eventuais restrições de demandas abruptas que, embora observadas no curto período, possam afetar alguns nichos econômicos de forma permanente.

3.3. **As alterações introduzidas no direito concorrencial no contexto de crise pela Lei 14.010 de 2020**

Em decorrência da imersão da economia brasileira em um quadro recessivo, o que foi agravado com o advento da pandemia do Covid-19, o CADE se deparou com o aumento no volume de casos de aglutinação de poder de mercado, acompanhado das especificidades relativas ao contexto de crise. Como esperado, a pressão social por reação à estagflação vivida passou a reverberar nos pedidos de análise de tais atos por parte do órgão.

Diante da situação inédita no âmbito do direito privado do país, e da ausência de regulamentação específica para a diversidade de novas situações, o congresso nacional se apressou em promulgar a Lei nº 14.010 ainda no primeiro semestre de 2020. O normativo estabeleceu um regime transitório aplicável ao contexto pandêmico, e as suas principais afetações à esfera concorrencial foram a suspensão da aplicação de algumas sanções por

³⁰ CARVALHO, Vinicius Marques de. Antitruste Under Pressure: Crises Econômicas e Impactos nas Estratégias de Intervenção. Revista de Direito Público, Brasília, v. 18, n. 98, p. 825-878, 2021.

práticas anticoncorrenciais³¹ e a obrigatoriedade, por parte do órgão regulador, de ponderar as circunstâncias extraordinárias em seus julgamentos.

A referida lei determinou ainda a dispensa da notificação obrigatória dos contratos associativos, *joint ventures* e consórcios, ressalvada a possibilidade da análise posterior do ato de concentração ou infração à ordem econômica. Uma lei que nada mais instituiu do que um regime compatível com o que os demais países haviam estabelecido.

Por outro lado, foi ampliada a margem de discricionariedade do órgão regulador na mesma medida em que a liberdade e as brechas para a formação dos cartéis de crise, dada a flexibilização do *enforcement* antitruste. A possibilidade de posterior discussão tocante a ilicitude, ou não, destas práticas de arranjos entre os *players* concorrentes alterou a regra de análise utilizada pelo CADE, cuja fórmula geral para este tipo de conduta era a de que elas caracterizam ilícitos *per se*.³² Ou seja, sua ilicitude era objetiva, independente do resultado produzido.

O modelo de isenção concedido pelo regime transitório foi fortemente criticado³³, dada a sua amplitude, a ensejar riscos elevados no período pós-crise. A facilidade de formação de cartéis e acordos colaborativos com escopo e duração imprecisos torna difícil a missão de mitigar os indesejados efeitos anticompetitivos no longo prazo. A lei que instituiu o regime emergencial carece de alinhamento ao sistema antitruste brasileiro, este conhecidamente resistente às amplas isenções.

3.4. RECOMENDAÇÕES DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

3.4.1. Recomendações da OCDE

Em abril de 2020, a OCDE publicou uma cartilha com ações a serem tomadas pelos governos e autoridades concorrenciais no contexto da pandemia.³⁴ A organização recomendou as seguintes medidas: (i) continuar a apoiar a aplicação e os princípios da política de

³¹ Entre as condutas anticompetitivas alvo de flexibilização pela Lei nº 14.010/2020, estão as combinações entre os concorrentes, as quais configuram condutas anticompetitivas horizontais.

³² VARGAS, Henrique da Silva Telles; OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. A simbiose entre a pandemia ocasionada pelo COVID-19, a Lei nº 14.010/2020, e os cartéis de crise: conclusões sob a análise da experiência norte americana. Revista Húmus, v. 11, nº 31, Santa Catarina, 2021.

³³ A exemplo de CARVALHO (op. cit.), VARGAS E OLIVEIRA (op. cit.) e FERNANDES E KLEIN (op. cit.).

³⁴ OECD. COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities. Abril 2020. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/COVID-19-competition-policy-actions-for-governments-and-competition-authorities.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

concorrência; (ii) buscar a flexibilidade processual; (iii) minimizar o uso de exceções para a consideração de políticas públicas no controle de incorporação; (iv) observar de perto as fusões e, em particular, as fusões de resgate; (v) fornecer orientações sobre a cooperação legal entre concorrentes.

Para a entidade, o reforço das políticas concorrenciais pode acelerar a resposta às crises econômicas, cabendo aos governos encerrar as suas intervenções diretas, como a privatização de empresas, assim que possível. A burocracia estatal, no entanto, constitui um entrave à circulação de capital, de modo que deve haver simplificação ou uma alternativa sumária aos procedimentos de análise dos atos de concentração.

A organização roga pela redução nos casos de concessão de excepcionalidade, principalmente na análise das fusões de resgate, evitando impactos estruturais negativos no mercado, e focando na avaliação de ganhos de eficiência. Além disso, sinaliza positivamente para a cooperação legal, ressaltando o dever de vigilância para limitar os cartéis de crise e reduzir os prejuízos aos consumidores.

Apesar do apelo ao reforço do antitruste, o comunicado expressa a importância da análise custo-benefício de cada ação, bem como a ponderação entre eficiência e resiliência, devendo ser adotada a política que minimize as restrições e distorções concorrenciais.

3.4.2. As recomendações do CADE

Embora não seja país-membro da OCDE, o Brasil já demonstrou por diversas vezes o interesse em compor o “*rich group*”. Desta forma, atento à publicação da cartilha da entidade, dois meses depois o CADE emitiu uma nota informativa temporária sobre a cooperação entre concorrentes³⁵.

No texto, o conselho buscou delimitar escopo e duração das colaborações tão somente ao necessário para a superação dos desafios da pandemia e à manutenção das cadeias produtivas. Ficou evidente a preocupação do órgão com o *compliance* e a governança através da recomendação da criação de um grupo desvinculado das empresas concorrentes para gerir fluxo de informações, devendo ser evitada a troca de informações sensíveis.

³⁵ BRASIL. CADE. Nota informativa temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de COVID-19. Julho 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

Além disso, o documento estimula a formação de *joint ventures* e acordos de pesquisa e desenvolvimento (“P&D”) para o desenvolvimento de produtos voltados ao combate à Covid-19 e ao tratamento de pacientes acometidos pelo vírus.

3.5. A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE NO AMBIENTE RECESSIVO DA PANDEMIA

Durante a pandemia da Covid-19, foi verificado o empenho por parte das autoridades no sentido de simplificar a análise dos atos de concentração, acelerando a tomada de decisões para o combate aos efeitos danosos da crise, no Brasil e demais países.³⁶ Neste mesmo intuito, os entes fomentaram a cooperação entre os particulares, em especial nos segmentos ligados à tecnologia e saúde, dada a urgência de soluções para o combate ao vírus.

A desnecessidade de notificação prévia para uma enorme gama de acordos de cooperação no ambiente recessivo conferiu às empresas uma maior liberdade para buscar alternativas de sobrevivência no mercado, ao passo que a adoção de procedimentos sumários de aprovação garantiu um patamar mínimo de segurança jurídica aos empreendedores. Sob a ótica do regulador, estas medidas permitiram que pudesse ser dispensada uma maior atenção aos atos com maior potencial lesivo à concorrência, uma vez que no contexto de crise há um aumento substancial no volume de transações a serem analisadas.

A pressão social e política conduziu os tribunais administrativos a ponderar, na maioria de suas decisões, as circunstâncias excepcionais em que as economias estavam imersas. O CADE despendeu um enorme esforço argumentativo, no sentido de abrandar a aplicação das políticas concorrenciais, como será mostrado no *capítulo 4*. É possível extrair de suas decisões argumentos alinhados à *failing firm theory* e ao *declining market*, por exemplo. As discussões adquiriram um caráter ideológico e principiológico, sendo reconhecido que a urgência da saúde e do bem-estar da população são a finalidade do ambiente concorrencial saudável.

De forma proativa, os órgãos concorrenciais direcionaram ao poder público aconselhamentos e *insights* sobre os prováveis efeitos da relativização do antitruste, dada a inclinação das classes políticas ao protecionismo e ao relaxamento da competição.³⁷

Neste contexto, o antitruste brasileiro voltou-se a combater tão somente os abusos evidentes de poder econômico, suavizando a atuação sobre a mera acumulação de poder

³⁶ DIAS, Beatriz de Almeida. O combate à cartelização em Portugal em tempo de crise epidémica COVID 19. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia da Universidade do Porto, Porto, 2022.

³⁷ FILHO, op. cit.

econômico e as situações de dominância. Alguns autores³⁸ apontam o surgimento de parâmetros para que, no futuro, algumas estratégias sejam desconsideradas como ilícitas.

Quanto à forma, diversos atos submetidos ao crivo do CADE foram analisados sob a forma de protocolos de petição, privilegiando a celeridade, em especial aqueles que não seriam de notificação obrigatória.³⁹

Especialmente sobre o setor aéreo, ainda no princípio da pandemia, o CADE reprovou uma proposta de criação de “cartel de crise”, a ser elaborado junto a entidades governamentais. Pouco tempo depois, em parceria com o Ministério da Infraestrutura e a Agência Nacional de Aviação Civil, o conselho atuou na criação de uma “malha aérea essencial”, garantindo um patamar de serviço mínimo para atender a sociedade brasileira.

Todas as atitudes supracitadas foram tomadas de acordo com um padrão preconizado pela OCDE, evitando grandes distorções e a concorrência entre países no momento de instabilidade global. Para a entidade, as políticas concorrenciais têm o dever de criação de critérios para a construção da dinâmica competitiva dos mercados, ao passo que deve reprimir os comportamentos de maior risco anticompetitivo e oferecer aos agentes alguma segurança para a adoção das estratégias que melhor lhes couber.

4. CASOS DE DESTAQUE ENVOLVENDO ATOS DE CONCENTRAÇÃO DE PODER NO CONTEXTO DA CRISE PANDÊMICA

Este capítulo descreve casos concretos envolvendo estratégias de organização do poder econômico em dois dos setores mais afetados pela pandemia: o setor alimentício e o setor de transporte aéreo.

A seção 3.1 expõe o julgado apontado como o *leading case* para a análise das propostas de cooperação em tempos de crise, envolvendo o “Movimento Nós”. Já a seção 3.2 examina os principais casos de arranjos empresariais de empresas do setor aéreo no período da crise pandêmica.

4.1. O IMPORTANTE CASO NO SETOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS: “MOVIMENTO NÓS” COMO *LEADING CASE* PARA AS ESTRATÉGIAS COOPERATIVAS EM TEMPOS DE CRISE

4.1.1. Análise do acordo colaborativo “MovimentoNós”

³⁸ A exemplo de FILHO E CARVALHO (op. cit.).

³⁹ FILHO, op cit.

Em sessão extraordinária realizada no dia 28 de maio de 2020 o pleno do CADE decidiu a respeito do processo administrativo nº 08700.002395/2020-51, considerado o primeiro caso envolvendo cooperação entre concorrentes no contexto da pandemia da Covid-19, sendo considerado o *leading case* deste tipo de estratégia. O conselho fora provocado pelas gigantes do setor de alimentos e bebidas Ambev S.A., BRF S.A., Coca-Cola Indústrias Ltda., Mondelez Brasil Ltda., Nestlé Brasil Ltda. e Pepsico do Brasil Ltda. Através de memorando encaminhado ao órgão, as empresas sinalizaram a intenção de firmarem um acordo colaborativo destinado a ações voltadas à recuperação da atividade de pequenos varejistas e à reabertura do comércio.

O compromisso contemplava as seguintes ações a serem adotadas pelo grupo: (i) o lançamento de uma campanha para estimular a sinergia pública e privada em favor da recuperação do pequeno varejo; (ii) a divulgação de protocolos de saúde e a distribuição de kits de saúde (máscaras e álcool em gel) a cerca de 150 mil pontos de venda; (iii) o oferecimento de condições comerciais especiais, como descontos, crédito, parcelamento, produtos consignados e garantias de estoque; (iv) o compartilhamento de informações públicas relevantes de mercado. A previsão é de que cerca de 300 mil empreendimentos de menor porte seriam beneficiados por investimentos da ordem de R\$ 370 milhões.

Entre os argumentos apresentados pelas peticionantes, se destacam a premente necessidade de restabelecimento do comércio varejista em prol do abastecimento a população; a impossibilidade de alcançar tal finalidade por ações isoladas das partes; a limitação temporal do acordo até o mês de outubro de 2020, com possibilidade de prorrogação em razão dos mesmos efeitos econômicos que lhe deram origem, sob condição de prévia comunicação às autoridades; a adoção de salvaguardas antitruste, inclusive com a contratação de empresa responsável pela governança e pelo controle do fluxo de informações.⁴⁰

Do despacho emitido pelo presidente do CADE, que aprovou o pacto colaborativo, é possível extrair algumas lições importantes. Inicialmente, percebe-se que o conselho seguiu as orientações da OCDE, no sentido de entender o caráter emergencial e excepcional, observando onexo causal entre a crise e a cooperação pretendida, bem como o foco nos benefícios à sociedade como um todo. Em seguida, o forte repúdio à possível formação de cartéis de crise, com a rejeição de expressões constantes na petição e que faziam alusão a tais condutas. Foi observado ainda que o ato informado não seria de notificação obrigatória, nos termos da lei

⁴⁰ Movimento "Nós" - Ambev, Heineken, Coca-Cola e outras empresas se unem e investem R\$ 370 milhões para ajudar pequeno varejo - Por Estadão Conteúdo - 28 maio 2020 13h45 - <https://www.infomoney.com.br/negocios/ambev-heineken-coca-cola-e-outras-empresas-se-unem-e-investem-r-370-milhoes-para-ajudar-pequeno-varejo/>

antitruste, de forma que a postura proativa do grupo demonstrava a sua boa-fé. Por fim, a autarquia reforçou que não deveriam ser realizadas ações comerciais conjuntas ou trocas de informações sensíveis.⁴¹

O julgamento contou ainda com o voto vogal da Conselheira Paula Farani de Azevedo Oliveira, que mencionou uma outra iniciativa já existente, o Projeto STARS, composto pelos mesmos membros e com objetivos similares, de forma a concluir pela prescindibilidade do novo acordo nos moldes propostos. A Conselheira ressaltou ainda que se tratava de uma estratégia competitiva das empresas, que buscavam, através de um alinhamento vertical, garantir o seu giro de vendas. Por fim, ela concluiu pela inexistência de indícios de que a estratégia seria pró-competitiva e pró-eficiência. Entretanto, em privilégio da boa-fé das peticionantes, optou por acatar o despacho da presidência do conselho e homologar o ato.

4.2. Casos afetos à concentração de poder econômico na crise pandêmica envolvendo o setor aéreo

Entidades representativas do setor de transporte aéreo estimam que a crise econômica decorrente da Covid-19 gerou uma redução média de 60% das receitas do setor no ano de 2020.⁴² No início da recessão, foi levantada a possibilidade de criação de “cartéis de crise”, numa coordenação temporária de rotas e horários entre as concorrentes, o que foi rechaçado pela autoridade reguladora.

Por outro lado, a capacidade de ajuste destas empresas no curto prazo é limitada, em razão da antecedência média como que estas comercializam os seus bilhetes. Os seus itinerários geralmente são criados com um mínimo de seis meses de antecedência, com algumas companhias realizando reservas de até um ano antes. Por outro lado, as suas obrigações são constantes, a exemplo das despesas com os contratos aeroportuários e compromissos trabalhistas. Em síntese, durante a pandemia houve uma redução abrupta nas receitas, mas diversos custos permaneceram, ocasionando um fluxo de caixa negativo para as companhias.

⁴¹ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.002395/2020-51. Data de Julgamento: 28 de maio de 2020. Relator: Presidente Alexandre Barreto de Souza. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei//modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVTEJY01uzdAoRI3x00MUczGLZf0AnDT3cjEZPLq1fBK>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

⁴² LUCHETTI, Gabriel Ferreira de Pina. Desafios e perspectivas da política antitruste à luz da pandemia de COVID-19: Estudo de caso a partir do setor aéreo. Revista Caderno Virtual, Brasília, v. 3, nº 52, 2021.

Em razão destas especificidades, sem surpresa, foi um dos setores da economia que mais tentou somar forças, com diversos arranjos colaborativos e atos de concentração. A seguir serão expostos os casos de maior relevância para este estudo.

4.2.1. Joint venture agreement entre Delta Air Lines e Latam Airlines

Em 1º de março de 2021 o CADE analisou, sob o processo administrativo nº 08700.003258/2020-34, a proposta de acordo de *joint venture* com neutralidade de metal⁴³ a ser celebrado entre a Delta Air Lines, Inc. e a Latam Airlines Groups S.A., que engloba os serviços de transporte aéreo de pessoas e cargas entre países da América do Norte (Estados Unidos e Canadá) e da América do Sul (Brasil, Chile, Colômbia, Paraguai, Peru e Uruguai).

Segundo as partes, o pacto promoveria a racionalidade econômica das operações, sobretudo em um ambiente de recessão global provocada pela crise sanitária da Covid-19, com severa repercussão no setor aéreo. A cooperação entre as empresas tinha por objetivo a concorrência mais incisiva com a American Airlines, que ocupa posição de dominância em se tratando de rotas aéreas entre os dois subcontinentes. A proposta envolvia o compartilhamento de *hubs*⁴⁴ e *slots*⁴⁵, compras e vendas conjuntas, e a neutralidade de metal incentivaria melhorias às malhas e a padronização da experiência do cliente.

O CADE sinalizou que este tipo de operação já foi analisado em outras ocasiões, sendo claramente uma aliança mais profunda do que o *codeshare*. Acontece que a Delta já havia adquirido 20% das ações emitidas pela Latam, em transação aprovada pelo CADE em março de 2020, o que por si só já configura o exercício de influência relevante da adquirente sobre a adquirida. Neste momento, as empresas já haviam sinalizado ao conselho que este seria apenas o primeiro passo da parceria entre as companhias. Interessante lembrar que a Latam já havia tentado um acordo semelhante com a American Airlines, mas que fora reprovado no Chile e, por isso, não foi implementado.

⁴³ Cláusula que estabelece a divisão dos lucros (receitas e despesas) provenientes da exploração de uma rota de transporte aéreo, independentemente de quem estiver operando a aeronave.

⁴⁴ Centrais de organização e distribuição de voos localizadas nos aeroportos e operadas pelas companhias aéreas.

⁴⁵ Termo usado na aviação para se referir ao direito de pousar ou decolar em determinada faixa horária, ainda que os aeroportos estejam congestionados.

Os estudos apresentados levaram em consideração o índice de concentração de mercado HHI⁴⁶ e a abordagem O&D⁴⁷ para definir os mercados relevantes envolvidos e o grau de concentração resultante da operação. A Superintendência Geral do CADE (SG-CADE) identificou que as partes se manteriam com fatia superior a 20% em todos os mercados relevantes, com índices e variações IHH elevados. Foi sinalizada ainda a existência de barreiras à entrada de novos *players*, tanto de natureza regulatória, como de infraestruturas. Além disso, a própria crise pandêmica causa muita incerteza e dificulta o ingresso de outras empresas nas rotas discriminadas. Por outro lado, a existência de diversas rotas alternativas, com boa substituíbilidade entre voos diretos e indiretos, bem como o acordo *open air*⁴⁸ celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos são aptos a mitigar os riscos à concorrência. Desta forma, a SG-CADE indicou a ausência de probabilidade de abuso de poder no mercado de transporte aéreo de passageiros, recomendando a aprovação sem restrições da operação.

Inobstante a decisão da SG, a Conselheira Lenisa Prado avocou o ato de concentração para que este fosse analisado pelo pleno, sob o argumento de que, muito embora fosse reconhecido o impacto causado pela pandemia sobre o setor aéreo, havia indicativos de rápida recuperação do setor. A conselheira indicou ainda haver preocupação a respeito de uma relação de longo prazo, aprovada sob a justificativa de uma crise temporária, e que poderia ocasionar abusos de poder econômico quando da normalização do ambiente.

Eis que as partes resolveram então retirar o contexto pandêmico do cerne do debate, alegando que a parceria entre as empresas teve início antes da crise sanitária e que esta não teria sido o fundamento principal da decisão da SG.

O caso passou à relatoria do Conselheiro Luis Braido que, ao contrário do afirmado pela SG, indicou se tratar de um mercado de fácil entrada, com a concorrência de diversos voos indiretos, cujo potencial de ampliação da rede em decorrência desta operação teria a capacidade

⁴⁶ Índice de Herfindahl-Hirschman, que utiliza a soma dos quadrados das participações de mercado de cada empresa para obter um fator que pode chegar até os 10.000 pontos, sendo classificados quanto à concentração: (i) não concentrados: $HHI < 1.500$ pontos; (ii) moderadamente concentrados: $1.500 \text{ pontos} < HHI < 2.500$ pontos; e (iii) altamente concentrados: $HHI > 2.500$ pontos.

⁴⁷ Origem & Destino, metodologia que analisa, sob a perspectiva do passageiro, quais são as alternativas disponíveis para se deslocar de um determinado O para um determinado D. A abordagem considera que os mercados relevantes correspondem a pares de cidades ou de aeroportos. Tal sistemática desconsidera a existência de aeroportos próximos e o efeito destes sobre a concorrência.

⁴⁸ Acordo de céus abertos, que garante a abertura ou encerramento de novas rotas entre os países sem limites de voos, pondo fim à regra que estabelecia o limite de 301 frequências semanais as ligações entre Brasil e EUA através de todos os aeroportos nacionais.

de reduzir o custo médio por passageiro bem como o custo marginal nos voos diretos. Concluiu, então, pela aprovação da operação sem restrições, sendo acompanhado por unanimidade.⁴⁹

4.2.2. Acordo associativo entre Gol Linhas Aéreas e American Airlines

Cientes da notificação formulada por Delta e Latam ao CADE, as companhias Gol Linhas Aéreas S.A. e American Airlines Inc. também protocolaram uma proposta de parceria comercial, esta na forma de acordo associativo, e limitada ao transporte aéreo de passageiros entre Brasil e Estados Unidos. O processo administrativo nº 08700.006518/2020-23 foi julgado em 11 de fevereiro de 2021 pela SG-CADE.

As partes visavam a realização de promoções e vendas corporativas conjuntas, tendo como resultado a oferta de disponibilização de viagens a preços competitivos, a melhoria da qualidade dos serviços ofertados e outros benefícios adicionais aos consumidores.

Embora não constasse no rol de argumentos apresentados pelas requerentes, restou evidente, a partir da decisão da SG-CADE, que foram levados em consideração os aspectos atinentes à crise econômica ocasionada pela Covid-19. A SG reconheceu a baixa participação da Gol na oferta de voos entre os países, de modo que a atuação de ambas as partes já demonstrava situações de complementaridade. Ademais, foram identificados níveis suficientes de rivalidade e ausência de barreiras à entrada de novos concorrentes.

A Superintendente Geral substituta, Patricia Alessandra Morita Sakowski, citou ainda a existência de parcerias estratégicas semelhantes entre as companhias Azul Linhas Aéreas e a United Airlines, e entre a Latam Airlines e a Delta Air Line. Por fim, apontou dados como a queda de 34,5% na demanda por voos domésticos e de 85,3% na demanda por voos internacionais e, por entender que a operação não ofereceria riscos à concorrência, concluiu pela sua aprovação sem restrições.⁵⁰

4.2.3. Aquisição da MAP Transportes Aéreos pela GTX S.A.

⁴⁹ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.003258/2020-34. Data de Julgamento: 01 de março de 2021. Relator: Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braidó. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRAgRwLy0m-Sl4SoiFpk9r1WJLXukevfvoCdHEVxLFI>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

⁵⁰ BRASIL. CADE. Processo Administrativo nº 08700.006518/2020-23. Data de Julgamento: 11 de fevereiro de 2021. Relatora: Coordenadora-Geral Cristiane Landerdahl de Albuquerque. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXMnsNEJgSYTU3bvSK9p7cYI0eaD6IXC6Zia5WfO28cx>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

No presente caso, o CADE foi instado a analisar preventivamente o ato de concentração nº 08700.003746/2021-22, em que a companhia aérea GTX S.A., empresa controlada pela Gol Linhas Aéreas se propunha a adquirir a totalidade das quotas do capital votante da empresa MAP Transportes Aéreos LTDA, empresa regional que opera rotas concentradas na região norte do Brasil, com algumas interfaces com o aeroporto de Congonhas/SP.

A MAP pertencia ao mesmo grupo econômico da Passaredo Transportes Aéreos S.A. (“VoePass”) e, como condição para o fechamento da transação, a VoePass transferiu para a MAP todos os seus *slots* no aeroporto de Congonhas/SP, que possui barreiras à entrada de novos *players*, devido às suas limitações de sua infraestrutura. Com a transação, a Gol acrescentaria mais 26 *slots* aos 234 que a empresa já controlava, um acréscimo significativo.

As requerentes informaram que as empresas permaneceriam operando de forma individual e complementar, podendo atender a novos destinos a partir de Congonhas, com aeronaves maiores, a serem aportadas pela Gol na empresa MAP, contribuindo com o acesso ao transporte aéreo no Brasil, neste momento de recuperação pós pandemia. Por outro lado, para o grupo alienante, a venda da MAP viabilizaria a sua reabilitação financeira, restabelecendo o caixa da VoePass, que permaneceria sob o seu controle, e permitindo a sua continuidade operacional, também comprometida em decorrência dos efeitos da pandemia.

Foi pleiteada a aprovação da transação sob o rito sumário, o que foi negado pela SG-CADE, devido a participação das partes no mercado ser superior a 50%, e levando em consideração o aumento da concentração de rotas e *slots* no aeroporto mais congestionado do Brasil.

Interessante perceber que não fora trazido ao conselho nenhuma justificativa plausível de benefício direto à concorrência ou aos consumidores, mas tão somente foi reconhecida a concentração de poder, confrontada com os malefícios da retirada da VoePass e da MAP.

A SG-CADE encontrou como saída para as preocupações concorrenciais o fato de as empresas concorrentes, Latam e Azul, possuírem capacidade ociosa suficiente para desviar a demanda em caso de aumento de preços da Gol, aliado ao fato de a Anac poder realocar os *slots* futuramente, em rearranjo que depende de critérios pendentes de estabelecimento por norma.

Por fim, a transação foi aprovada sem restrições.

4.2.4. Codeshare entre Azul e Latam

Ao final do ano de 2020, foi noticiada a reclamação apresentada pela Gol Linhas Aéreas S.A. ao CADE, em decorrência da prática de *codeshare* entre as empresas Azul Linhas Aéreas e Latam Airlines Groups S.A.⁵¹ A empresa Gol requereu a aplicação de sanções às concorrentes devido aos efeitos anticompetitivos ocasionados pelo compartilhamento de 5 rotas que antes eram comercializadas separadamente: Belo Horizonte x Guarulhos, Belo Horizonte x São Paulo, Guarulhos x Porto Alegre, Brasília x Recife e Rio de Janeiro x Vitória.

Segundo a requerente, a realização destes voos em parceria representa uma concentração de mercado de, em média, 70% dos assentos nestas rotas, que estariam entre as principais do segmento corporativo, um dos mais importantes para o setor aéreo. Com a parceria, as empresas vendiam passagens de forma conjunta, até a lotação do voo, com o benefício de controlar mais voos nestas rotas.

Procuradas, as empresas optaram por se pronunciar somente perante a autoridade antitruste, em processo que tramitou de forma restrita. O acordo vigorou entre junho de 2020 e agosto de 2021, quando foi anunciada a rescisão.

5. CONCLUSÃO

São diversas as formas de estruturação do poder econômico, e a opção por cada uma delas reflete os objetivos das partes envolvidas nas transações. O grau de suscetibilidade à ilicitude ou à condutas anticompetitivas também é variável, tanto em função da finalidade principal da transação, como em razão do nível de concentração de mercado dela resultante. Quanto maior o *market share* detido por uma empresa, maior a facilidade com que esta consegue impactar a concorrência e causar prejuízos aos consumidores.

Ao tratar das crises, em especial a decorrente da pandemia da Covid-19, fica evidente que situações atípicas demandam ações também atípicas. Ao passo que as empresas precisaram se reorganizar, buscar soluções para as dificuldades enfrentadas, o *enforcement* concorrencial tampouco deve preservar o seu funcionamento comum. Como visto, o ambiente regulatório como um todo precisou – de fato – mudar a sua perspectiva e rever paradigmas.

Neste sentido, a flexibilidade na aplicação das políticas concorrenciais precisa ser vista como um algo positivo, sob os diversos ângulos em que se apresenta. Do ponto de vista procedimental, é possível imprimir maior eficiência na atuação dos órgãos de controle e agilizar

⁵¹ DYNIEWICZ, Luciana. Gol reclama no Cade contra operação conjunta de rivais Azul e Latam. Jornal eletrônico Estadão, 2020. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/12/25/gol-reclama-no-cade-contra-operacao-conjunta-de-rivais-azul-e-latam.htm>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

a aprovação (ou rejeição) das transações empresariais, de modo a contribuir com a celeridade na recuperação econômica e assegurar um patamar de segurança jurídica, vide a adoção de processos sumários. Uma economia que também viabiliza o foco às operações que representam um potencial de risco maior.

Do ponto de vista material, muito embora haja críticas à discricionariedade e às contradições decorrentes desta, a minuciosa análise permitiu perceber que as autoridades foram sensíveis ao contexto de crise pandêmica, concedendo uma maior liberdade negocial aos particulares. Entretanto, embora o legislador tenha permitido ao regulador que este abarcasse nas hipóteses de isenção os cartéis de crise, esta possibilidade foi firmemente rechaçada, conforme se extrai dos pareceres emitidos no *leading case* do “Movimento Nós”. Apesar de suspenso o entendimento consolidado de que tal modalidade possui “ilicitude objetiva”, restou mantida a restrição à adoção deste tipo de arranjo.

Ao traçar um paralelo entre as estratégias empresariais estudadas e o ambiente recessivo, é perceptível que as transações que apresentam caráter permanente oferecem maiores riscos ao ambiente concorrencial, sobretudo no longo prazo, após a recuperação econômica. Daí se extrai que as operações societárias de concentração (inclusive as fusões de resgate), bem como as que resultam em influência dominante, influência relevante ou interesse financeiro são menos desejadas no contexto de crise.

Analisando então as relações contratuais e as informais, nota-se que o acesso a informações estratégicas e os contatos estratégicos são situações propícias a degradar a governança corporativa, além de possuírem alto potencial colusivo e ausência de transparência. Já as condutas coordenadas (cartéis), dado o seu caráter conspiratório, aliado a uma iminente ilicitude, constituem o modal mais nocivo ao ambiente concorrencial. Embora os cartéis de crise recebam um olhar flexível de parte da doutrina, estes também tendem à colusão, e são separados da ilicitude por uma linha tênue.

Por fim, a partir das situações fáticas apresentadas, é perceptível que as *codeshares* possuem um âmbito de aplicação restrito às companhias aéreas. Além disso, as empresas do setor demonstram facilidade e a preferência na adoção das *joint venture*. A proximidade das *joint venture* com as estratégias de fusão e consórcio fornece uma maior rigidez para esta modalidade, dificultando, por exemplo a dissolução do grupo formado, o que restringe o seu campo de aplicação a objetivos de grande vulto e casos de sobreposição de mercado, a exemplo das companhias aéreas.

Desta forma, dada a flexibilidade contratual, a facilidade de dissolução, e o menor risco de ilicitude, dentre os arranjos estudados, os acordos de cooperação são o modal que se

apresenta, de forma geral, como a alternativa que possui um menor potencial lesivo à concorrência em relação às demais, bem como é apta a proporcionar às partes envolvidas condições para a sua sobrevivência e recuperação em momentos de crise.

O presente estudo confirmou ainda a hipótese inicial, uma vez reconhecida a necessidade de avaliar as particularidades de cada mercado e grupo empresarial para se definir qual o melhor arranjo empresarial. A liberdade negocial inerente aos acordos de cooperação, permite aos particulares desenvolverem as soluções mais adequadas à sua realidade, o que é fundamental.

Por outro lado, as autoridades concorrenciais devem sempre se manter vigilantes e buscar a implementação de salvaguardas ao ambiente competitivo. Especificamente a respeito dos acordos de cooperação, é possível extrair deste estudo que permanecem as preocupações em relação ao fluxo de informações e à duração da colaboração. Assim, constituem interessantes medidas preventivas de efeitos nocivos: (i) a fixação de objeto e duração precisos para a colaboração; e (ii) o emprego, pelas partes envolvidas, de um órgão ou empresa independente para gerenciar o fluxo de informações entre elas.

REFERÊNCIAS

ARANOVICH, Tatiana de Campos; LEANDRO, Tainá. Covid-19 e a nova concentração do mercado de planos de saúde. **Revista do IBRAC**. 1. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 2021.

BELIZARIO, Raphael Bloch. **7 principais motivos para fazer fusões e aquisições (M&A)**. Grupo BLB Brasil, 2021. Disponível em: <<https://www.blbbrasil.com.br/blog/motivos-para-fazer-fusoes-e-aquisicoes/>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1976.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2011.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2020.

BRASIL. CADE. **Boletim de Jurisprudência**, Ano 1, nº 2. Agosto 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/boletim-de-jurisprudencia/boletim-de-jurisprudencia_2.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. CADE. **Cadernos do Cade: Mercados de Distribuição e Varejo de Combustíveis Líquidos.** Maio 2022. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Mercados-de-distribuicao-e-varejo-de-combustiveis-liquidos.pdf>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

BRASIL. CADE. **Nota informativa temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de Covid-19.** Julho 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

BRASIL. CADE. **Perguntas gerais sobre defesa da concorrência.** Abril 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrencia-1>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08700.002395/2020-51.** Data de Julgamento: 28 de maio de 2020. Relator: Presidente Alexandre Barreto de Souza. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVTEJY01uzdAoRI3x00MUczGLZf0AnDT3cjEZPLq1fBK>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08700.006518/2020-23.** Data de Julgamento: 11 de fevereiro de 2021. Relatora: Coordenadora-Geral Cristiane Landerdahl de Albuquerque. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXMnsNEJgSYTU3bvSK9p7cYI0eaD6IXC6Zia5WfO28cx>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08700.003746/2021-22.** Data de Julgamento: 30 de dezembro de 2021. Relatora: Superintendente-Adjunta substituta Carolina Helena Coelho Antunes Fontes. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9Ehbk5UOJvmyzesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLljH0OLyFW_8PfwWjt46v5LGbY82yp9DJPT7iGRyvsBbftVbt6eI>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08700.003258/2020-34.** Data de Julgamento: 01 de março de 2021. Relator: Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braidó. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRAgRwLy0m-S14SoiFpkk9r1WJLXukevfvoCdHEVxLFl>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08700.003483/2018-56.** Data de Julgamento: 03 de julho de 2018. Relator: Superintendente-Geral Alexandre Cordeiro Macedo. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcb3uXQHmiAXKTznLtuuihYulCWyIP_jaQwldZRG-yx2J>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08700.003746/2021-22.** Data de Julgamento: 30 de dezembro de 2021. Relator: Superintendente-Geral interino Diogo Thomson de Andrade. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9Ehbk5UOJvmyzesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLljH0OLyFW_8PfwWjt46v5LGbY82yp9DJPT7iGRyvsBbftVbt6eI>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. **Ministério da Economia divulga lista dos setores mais afetados pela pandemia da Covid-19 no Brasil.** Outubro 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-divulga-lista-dos-setores-mais-afetados-pela-pandemia-da-covid-19-no-brasil>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

BURG, Amanda Karolini. **A aplicabilidade da *Failing Firm Theory* no controle de atos de concentração pelo Cade de acordo com a Teoria Estruturante do Direito.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis, 2019.

CARVALHO, Vinicius Marques de. *Antitruste Under Pressure: Crises Econômicas e Impactos nas Estratégias de Intervenção.* **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 18, n. 98, p. 825-878, 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. Aspectos jurídicos da macro-empresa. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1970. P. 21.

DAMASCENO, Cléa Dias. **Redes interorganizacionais como estratégia competitiva de cooperação no varejo farmacêutico: Um estudo de caso na rede SERGIFAR.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Administração) – Faculdade de Administração da Universidade Federal de Sergipe – UFS, São Cristóvão, 2020.

DIAS, Beatriz de Almeida. **O combate à cartelização em Portugal em tempo de crise epidêmica Covid-19.** Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia da Universidade do Porto, Porto, 2022.

DUTRA, Pedro. **Regulação, concorrência e a crise brasileira.** São Paulo: Singular, 2017.

DYNIEWICZ, Luciana. **Gol reclama no Cade contra operação conjunta de rivais Azul e Latam.** Jornal eletrônico Estadão, 2020. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/12/25/gol-reclama-no-cade-contra-operacao-conjunta-de-rivais-azul-e-latam.htm>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos; KLEIN, Vinicius. Pandemia e a cooperação entre concorrentes: a excepcionalidade no direito concorrencial brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, nº 2, 2020.

FERRAZ, Daniel Amin; SÁ, Marcus Vinicius Silveira de. Da teoria objetiva da desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de sociedades sob a ótica das relações de consumo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, nº 3, 2016 p. 120-139.

FILHO, João Glicério de Oliveira; CARVALHO, Victor Chang Almeida. Aspectos concorrenciais do regime jurídico e emergencial transitório em face da pandemia Covid-19. In: PERIANDO, Fábio; ANDRADE, Rodrigo. **Comentários ao R.J.E.T.: uma análise das alterações transitórias e emergenciais no direito privado trazidas pela Lei 14.010/2020.** Salvador: Editora Direito Levado a Sério, 2020.

FILHO, Fábio Rodrigues da Silva. **A operacionalização do resgate governamental de empresas aéreas na era Covid-19.** Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV, Rio de Janeiro, 2021.

FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. **Tomo: Direito Comercial.** 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

FUJIMOTO, Mônica Tiemy. **Participações minoritárias de investidores de investidores institucionais em sociedades concorrentes: implicações competitivas da *common ownership* Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2020.

GONÇALVES, Priscila Brolio; COUTINHO, Diogo R.; KIRA, Beatriz. Vírus e Telas: o direito econômico das plataformas digitais na pandemia de COVID-19. **Revista Direito e Praxis**, v. 13, Rio de Janeiro, 2022.

Herold, D.; e Paha, J. **Predicting Cartel Formation**. Justus-Liebig-University Giessen, Giessen, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2740528. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

LAVAL, Christian. A Pandemia de Covid-19 e a Falência dos Imaginários Dominantes. Tradução de Elton Corbanezi. **Mediações – Revista de Ciências Sociais**, v. 25, n. 2, p. 277-286, 2020.

LEAL, Ludimilla Pereira. **A *Failing Firm Theory* como corolário para o princípio da preservação da empresa**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC-GO. Goiânia, 2020.

LUCHETTI, Gabriel Ferreira de Pina. Desafios e perspectivas da política antitruste à luz da pandemia de COVID-19: Estudo de caso a partir do setor aéreo. **Revista Caderno Virtual**, Brasília, v. 3, nº 52, 2021.

MASSARO, Vanessa. **Rede de empresas: uma alternativa para enfrentar a crise pandêmica**. Jornal eletrônico Jusbrasil, 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/84705/rede-de-empresas-uma-alternativa-para-enfrentar-a-crise-pandemica>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

MENEZES, Mauricio Moreira. Sociedade controladora e controlada. **Tomo: Direito Comercial**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

MOVIMENTO "Nós" - Ambev, Heineken, Coca-Cola e outras empresas se unem e investem R\$ 370 milhões para ajudar pequeno varejo. **Jornal eletrônico Estadão**, 2020. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/negocios/ambev-heineken-coca-cola-e-outras-empresas-se-unem-e-investem-r-370-milhoes-para-ajudar-pequeno-varejo/>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

OECD. **COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities**. Abril 2020. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/COVID-19-competition-policy-actions-for-governments-and-competition-authorities.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

OECD. **Policy roundtables: Failing Firm Defence**. 1995. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/1920253.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

PIMENTA, Roberto de Castro. O interesse público no controle de concentrações econômicas: Histórico, perspectivas de direito comparado e a experiência do CADE. ATHAYDE, Amanda; MAIOLINO, Isabela; SILVEIRA, Paulo Burnier da (Orgs). **Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais** - Volume II. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2019.

PROENÇA, José Marcelo Martins; MISALE, Guilherme Teno Castilho. **Competição importa; cooperação também**. Jornal eletrônico Estadão, 2020. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/competicao-importa-cooperacao-tambem/>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

REIS, Fábio. **Fusões e redes de cooperação são fatores para sobreviver durante crise.** SEMESP, 2020. Disponível em: <<https://www.semesp.org.br/redes/noticias/fusoes-redes-cooperacao-sobreviver-crise/>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2023.

RODRIGUES, Eduardo Frade. **O Direito Societário e a estruturação do poder econômico.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília – UnB, Brasília, 2016.

RODRIGUES, Ruth. **CADE aprova joint venture entre Copersucar e Vibra Energia para a comercialização de combustíveis com foco na exportação de etanol no Brasil.** Naval Porto Estaleiro, 2022. Disponível em: <<https://navalportoestaleiro.com/cade-aprova-joint-venture-entre-copersucar-e-vibra-energia-para-a-comercializacao-de-combustiveis-com-foco-na-exportacao-de-etanol-no-brasil/>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

VARGAS, Henrique da Silva Telles; OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. A simbiose entre a pandemia ocasionada pelo COVID-19, a Lei nº 14.010/2020, e os cartéis de crise: conclusões sob a análise da experiência norte americana. **Revista Húmus**, v. 11, nº 31, Santa Catarina, 2021.

U. S. Department of Justice (DOJ); Federal Trade Commission (FTC). **Horizontal Merger Guidelines.** 1997. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/hmg.pdf>. Acesso em: 15 de janeiro de 2023.

VILANOVA, Polyanna; WERBERICH, Julia. O direito antitruste face a crises econômicas desafios enfrentados pela legislação antitruste no Brasil face a crise econômica gerada pela COVID-19. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 20-46, 2020.

7. O IMPACTO DOS SUBSÍDIOS NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA: uma análise do Regulamento de Subsídios Estrangeiros da Comissão Europeia

7. *THE IMPACT OF SUBSIDIES ON COMPETITION DEFENSE: An analysis of the European Commission's Foreign Subsidies Regulation.*

Waleska de Fátima Monteiro

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Subsídios. 3. Subsídios e concorrência – possíveis distorções. 3.1. O subsídio e posição dominante. 3.2. Subsídios e condutas. 3.3. Subsídios e a autoridade de defesa da concorrência. 4. Regulação da autoridade de defesa da concorrência na União Europeia para subsídios estrangeiros 5. Conclusão.

RESUMO: Os subsídios são apoios monetário concedido por uma entidade a empresas individuais ou coletivas, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento de uma determinada atividade econômica ou o desenvolvimento econômico. A falta de informações claras muitas vezes são fontes de tensão nas relações comerciais, especialmente quando são percebidas como políticas industriais implícitas ou explícitas. Embora esta questão pareça ser menos relevante na imposição de cartel, a discussão deve focar especialmente o papel dos subsídios na avaliação do controle de fusões. Para isso, o Conselho da União Europeia criou um Regulamento de Subsídios Estrangeiros que distorcem o mercado interno europeu para mitigar os desvios causados pelos subsídios na competição entre as firmas.

Palavras-chave: Subsídios; Desenvolvimento econômico; Políticas industriais; Controle de fusões

ABSTRACT: *Subsidies are monetary support granted by an entity to individual or collective companies, with the aim of promoting the development of a specific economic activity or economic development. The lack of clear information is often a source of tension in commercial relationships, especially when they are perceived as implicit or explicit industrial policies. Although this issue appears to be less relevant in cartel enforcement, the discussion should focus especially on the role of subsidies in the assessment of merger control. To this end, the Council of the European Union created a Regulation on Foreign Subsidies that distort the European internal market to mitigate the deviations caused by subsidies in competition between firms.*

Keywords: Subsidies; Economic development; Industrial policies; Merger control

1. INTRODUÇÃO

Os subsídios são apoios monetários concedidos por uma entidade a empresas individuais ou coletivas, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento de uma determinada atividade econômica ou o desenvolvimento econômico. Este artifício é usado como uma política industrial para incentivar o progresso produtivo e melhorar a eficiência.

A partir deste prisma, observa-se que os subsídios têm aumentado consideravelmente ao longo dos anos, ainda mais após pandemia da COVID-19 no sentido de recuperar as cadeias produtivas que ficaram fragilizadas após a crise de saúde.

Contudo, à medida que o benefício é concedido, há possibilidade de distorção de mercado porque muda os estímulos, as condições, e sinalizações de mercado, que podem resultar em ineficiência e assim afetar o bem-estar social.

Outro ponto que deve ser levantado é a assimetria de informação e falta de transparência na concessão dos subsídios. Essa falta de informações claras muitas vezes são fontes de tensão nas relações comerciais, especialmente quando são percebidas como políticas industriais implícitas ou explícitas. Tais discordâncias podem levar a riscos crescentes de nacionalismo econômico, intervenção governamental e/ou protecionismo.

Diante desse cenário, verifica-se que as distorções causadas nas relações comerciais entre países têm recebido atenção necessária ao longo dos anos, e acordos são formalizados no sentido de dissipar tais distorções. Entretanto, este mesmo empenho não é visto quando a análise das distorções deve ser levada em conta pelo lado da defesa da concorrência. Isso porque as autoridades concorrenciais pouco (ou quase nada) tem abordado em suas análises o fato de que um participante do mercado envolvido em uma investigação concorrencial pode se beneficiar de subsídios domésticos ou estrangeiros, potencialmente concedendo-lhe uma vantagem competitiva sobre seus concorrentes. Embora esta questão pareça ser menos relevante na imposição de cartel, a discussão deve focar especialmente o papel dos subsídios na avaliação do controle de fusões.

Baseado nisso, a o Conselho da União Europeia adotou o Regulamento de Subsídios Estrangeiros (*Foreign Subsidies Regulation – FSR*), Regulamento 2022/2560 do Parlamento Europeu e Conselho, que distorcem o mercado interno europeu no sentido de mitigar os desvios causados pelos subsídios na competição entre as firmas. E é neste contexto que este trabalho pretende contribuir no debate, isto é, avaliar quais as possíveis alterações no mercado

competitivo que podem surgir a partir de empresas beneficiadas com o subsídio, e como o Regulamento do Conselho europeu inova e delimita as chances de ação anticompetitiva.

Para alcançar a análise proposta, além dessa breve introdução e das conclusões acerca do assunto, este trabalho está dividido em três seções: a primeira seção esclarece como funciona os subsídios, a segunda levanta os pontos em que os subsídios podem causar concorrência desleal, a terceira traz os principais pontos que a Regulação europeia fornece para dissuadir o problema concorrencial.

2. SUBSÍDIOS

Os subsídios concedidos pelo governo é uma política pública que pretende ou reduzir preço (de forma direta) ao consumidor ou o custo de produção da firma (redução de preço de forma indireta), e o seu objetivo normalmente é fomentar a redistribuição de renda ou estimular a produção. Observando os aspectos pelo lado da política industrial, os subsídios visam: incentivar a instalação de indústrias ou de fábricas em uma região, garantir a renda de um determinado setor produtivo, e reduzir a pobreza (benefícios assistenciais)¹.

Sob o prisma macroeconômico os subsídios governamentais constituem assistência de natureza financeira, creditícia ou tributária, com o objetivo de fomentar as atividades econômicas seja no sentido de corrigir as falhas de mercado (externalidades e/ou falhas de mercado), seja no sentido de reduzir a desigualdade social². Nesse sentido, os subsídios podem assumir várias formas, tais como: gastos governamentais diretos ou indiretos, incentivos fiscais, aporte de capital, provisão governamental de bens e serviços, entre outros.

Diante de todas as possibilidades benéficas por trás dos subsídios, é de se esperar que os governantes usem esse artifício para fomentar a economia. Tanto que em estudo recente publicado pelo FMI, a instituição mostra que os subsídios que foram publicitados pelos países de origem têm aumentado desde a crise financeira de 2008, conforme ilustra a Figura 1³.

¹ Garcia, R. C. (2001). Subsídios para organizar avaliações da ação governamental. *Planejamento e Políticas Públicas*, (23).

² Ministério da Economia. (2022), Orçamento de Subsídios da União. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/avaliacao-de-politicas-publicas/subsidios/transparencia-de-subsidios-da-uniao/orcamento-de-subsidios-da-uniao-osu/orcamento-de-subsidios-da-uniao-2013-6a-edicao.pdf>

³ Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Banco Mundial (BM) e Organização Mundial do Comércio (OMC). *Subsidies, Trade, and International Cooperation*, OECD Publishing, Paris. Apr. 2022. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/subsidies-trade-and-international-cooperation_a4f01ddb-en

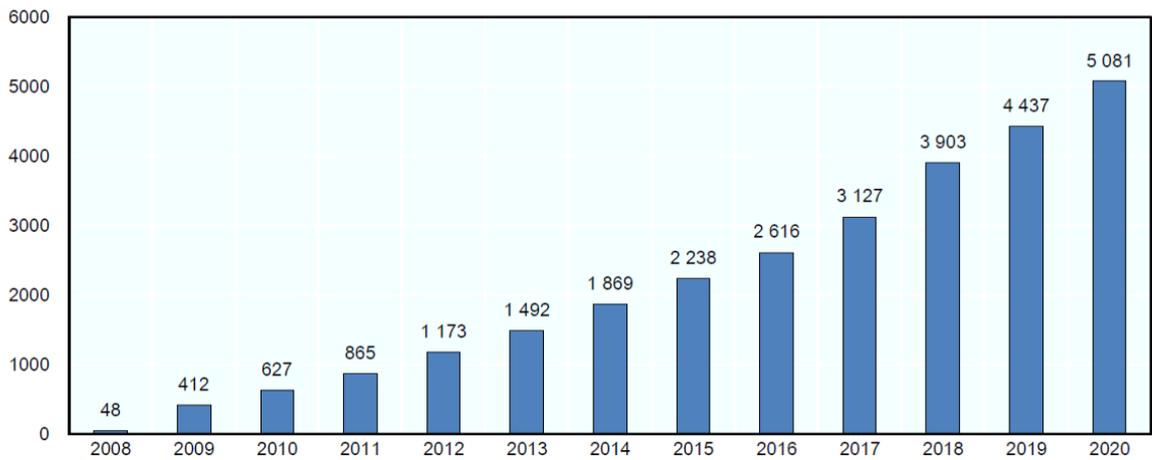
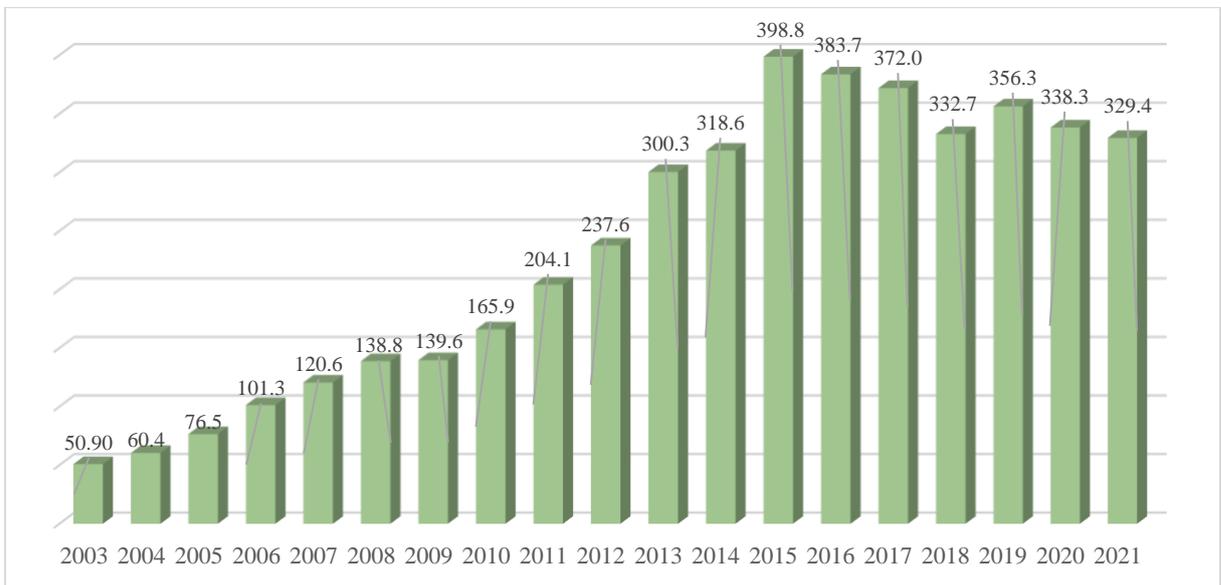


Figura 1 – Quantidade de subsídios concedidos no mundo⁴

Se analisarmos o cenário brasileiro, também é possível perceber este crescimento. Na sexta edição do relatório de orçamento de subsídios da união publicado pelo Ministério da Economia, verifica-se que a União concedeu cerca de R\$ 329 bilhões em subsídios em 2021, chegando a representar 3,80% do PIB, conforme informações do Gráfico 1.⁵

Gráfico 1 – Evolução dos subsídios da União (R\$ bilhões)



Fonte: Ministério da Economia⁶

⁴ Idem.

⁵ Ministério da Economia. (2022), Orçamento de Subsídios da União. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/avaliacao-de-politicas-publicas/subsidios/transparencia-de-subsidios-da-uniao/orcamento-de-subsidios-da-uniao-osu/orcamento-de-subsidios-da-uniao-2013-6a-edicao.pdf>

⁶ Idem.

Ainda é possível verificar no Gráfico 1 que de 2003 a 2015, os subsídios apresentaram trajetória crescente, iniciando em 2,96% do PIB até atingir o pico em 2015, de 6,65% do PIB. Já a partir de 2016, houve uma tendência declinante, porém ainda acima dos R\$ 300 bilhões. Com isso, é possível inferir que o cenário nacional em relação a concessão de subsídios pelo Governo Federal não está distante do cenário mundial.

Uma diferença importante que deve ser apontada entre a Figura 1 e o Gráfico 1, é que o FMI disponibiliza a informação da quantidade de subsídios concedidos, enquanto que as informações no Brasil, são de valores concedidos. Um ponto que deve ser destacado, é que o subsídio pode ser uma política de Estado, e por isso, pode conter informações sensíveis, sendo divulgado apenas aquilo que não comprometa a estratégia do país (em caso de política para fomentar a industrialização, por exemplo).

Contudo, nem todos os subsídios têm focos muito bem estabelecidos e podem causar distorções no mercado. Os subsídios concedidos à produção, se não for alocada corretamente, pode gerar distorções de preços, o que beneficia alguns setores em detrimento de outros e implica perda de eficiência alocativa⁷. Portanto, do ponto de vista da política industrial, os subsídios podem assumir medidas tanto prejudiciais (“*harmful*”) como medidas liberalizantes (“*liberalizing*”)⁸.

Para tentar acompanhar esses casos desde a crise de 2008, a *Global Trade Atlas*⁹ disponibiliza em seu site informações de intervenções nas transações comerciais realizadas mundialmente. Os dados da Figura 2 mostram que entre 2009 e 2022¹⁰ foram realizadas 14.029 intervenções em transações comerciais no mundo e cerca de 73% delas foram medidas classificadas como prejudiciais e 22% medidas liberalizantes.

⁷ Garcia, R. C. (2001). Subsídios para organizar avaliações da ação governamental. *Planejamento e políticas públicas*, (23).

⁸ Athayde, Amanda and Marssola, Júlia and Medrado, Renê, Subsidies, International Trade, and Competition: Winds of change sweeping through the European Union and OECD, and Potential Impacts on Brazil (February 3, 2023). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4346495> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4346495>

⁹ *Global Trade Alert, Global Dynamics, Policy Instruments Used*. Disponível em https://www.globaltradealert.org/global_dynamics/year-to_2022/day-to_0208

¹⁰ Com dados ajustados e atualizados em 31/12/2022. Para mais informações sobre metodologia consultar https://www.globaltradealert.org/global_dynamics



Figura 2 – Total de subsídios mundiais por medidas prejudiciais ou liberalizante.¹¹

Ainda conforme a Figura 2, do total de medidas classificadas como prejudiciais, cerca de 44% foram aplicações de subsídios, isto é, cerca de 6.185 subsídios aplicados em todo mundo causaram algum tipo de distorção em transações comerciais a nível mundial. Esse total é 44,3% a mais que o total de medidas liberalizantes.

Logo, por mais que os subsídios sejam usados para reduzir externalidades negativas e fomentar a produção industrial, seus efeitos podem distorcer os incentivos e prejudicar a competição entre as empresas. A partir deste prisma, será discutido a seguir, quais distorções os subsídios podem causar na concorrência.

3. SUBSÍDIOS E CONCORRÊNCIA – POSSÍVEIS DISTORÇÕES

Os subsídios aplicados como política industrial na forma de assistência de natureza financeira, creditícia ou tributária, certamente irá alterar a estrutura de contas das empresas beneficiárias e com isso afetar diretamente as receitas e despesas. Essas mudanças certamente modificam também a tomada de decisão e as estratégias adotadas pelas firmas (em relação a entrada e saída, ou expansão). Esses aspectos podem por exemplo, pesar na decisão de um novo entrante que não recebe subsídios, pois o capital necessário para produzir de forma competitiva pode não ser suficiente.

¹¹ Idem 7.

Os subsídios também podem aumentar a chance de importação das empresas beneficiárias, não porque sejam mais eficientes e/ou inovadoras, mas porque podem estar entrando em mercados onde as empresas concorrentes não receberam nenhum, ou diferente nível de suporte. Dessa forma, mesmo que elas não sejam eficientes, ou expandam com economia de escala, ainda assim se tornam competitivas com chances reais de aumentar seu *market share*.

Com isso, verifica-se que o subsídio, por mais que tenha um objetivo claro quando usado pelo Estado, pode causar distorções e afetar a concorrência. Assim sendo, a solidez financeira – como resultado de subsídios – podem gerar dois problemas no âmbito concorrencial: (i) criando ou aumentando potencialmente uma posição dominante (no caso de uma fusão) ou (ii) facilitando condutas prejudiciais, principalmente por meio de preços predatórios.

3.1. O SUBSÍDIO E POSIÇÃO DOMINANTE

Os subsídios podem aumentar substancialmente os recursos financeiros disponíveis de uma empresa melhorando consideravelmente seus resultados, sem que necessariamente haja melhora no processo produtivo. Essa maior solidez financeira em relação aos concorrentes pode ter um impacto significativo nas decisões de negócios de uma empresa ou de seus concorrentes e pode permitir que ela aumente sua posição no mercado.

As preocupações advindas dos subsídios baseiam-se no aumento do nível de solidez financeira, ou poder financeiro, que pode resultar do benefício financeiro direto ou indireto recebido do governo, e com isso a empresa constituir os chamados “*deep pockets*”. Gerando a partir disso, vantagem comparativa em relação às empresas que não recebem o benefício governamental.

Essa vantagem em relação aos concorrentes pode ter um impacto significativo nas decisões de negócios de uma empresa ou de seus concorrentes e pode permitir que ela aumente sua posição no mercado. Grandes reservas de caixa levam a ganhos sistemáticos de participação de mercado às custas de rivais da indústria. E esse efeito é mais forte quando os rivais enfrentam restrições de financiamento mais rígidas¹². Com isso, presume-se que a solidez financeira dos subsídios permite que uma firma fortaleça sua posição de mercado.

Outro aspecto relevante é que o acesso das empresas incumbentes aos “*deep pockets*” causados pelos subsídios, afeta os padrões de entrada nos mercados de produtos. O impacto da

¹² Fresard, L. (2010). Financial strength and product market behavior: The real effects of corporate cash holdings. *The Journal of finance*, 65(3), 1097-1122

solidez financeira do grupo é mais importante em ambientes onde as restrições financeiras são elevadas, principalmente para empresas novas. A liquidez de caixa dos grupos incumbentes também afeta a taxa de sobrevivência dos entrantes na janela pós-entrada de três a cinco anos¹³. Assim, cria-se barreira à entrada impedindo potenciais entrantes.

Tal barreira à entrada é particularmente relevante em uma indústria de capital intensivo, ou uma indústria que pode ser caracterizada por altos custos irrecuperáveis e grandes economias de escala¹⁴. Essa barreira a entrada é mais relevante para a entrada de indústrias inovadoras, que são tipicamente associadas com maiores assimetrias de informação em relação aos financiadores externos, do que setores imaturos e menos inovadores.

3.2. SUBSÍDIOS E CONDUTAS

A solidez financeira por trás dos subsídios também pode incentivar e permitir condutas anticompetitivas. Para esses casos, a teoria do dano mais comum que foram avaliadas, tanto em casos de concentração como em casos de posição dominante, refere-se à cobrança de preços abaixo do custo variável médio, isto é, preço predatório.

Entretanto, esse preço abaixo do custo variável médio, não necessariamente é cobrado no mesmo mercado relevante que a empresa recebe o subsídio. Em caso de conglomerados ou grupos afiliados, o subsídio é usado para baixar o preço, por um determinado período de tempo, em um mercado relevante e posteriormente ser compensado cobrando preços mais altos em outro lugar (um mercado diferente) ou em uma data posterior (um período de recuperação).

Este comportamento ocorre principalmente devido a assimetria de informação, tanto de mercado do produto em si, como da possibilidade de “*deep pocket*”, pois as informações dos subsídios não estão disponíveis. E a dificuldade aumenta se esse comportamento ocorrer em mercados eficientes ou com preço competitivo.

De acordo com a teoria “*deep pocket*”, o predador simplesmente precisa ser financeiramente mais forte do que seus concorrentes, e não há exigência de que o predador seja o titular. Além disso, a saída dos concorrentes não é uma exigência, ou seja, o predador pode

¹³ Boutin, X., Cestone, G., Fumagalli, C., Pica, G., & Serrano-Velarde, N. (2013). The deep-pocket effect of internal capital markets. *Journal of Financial Economics*, 109(1), 122-145.

¹⁴ Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Banco Mundial (BM) e Organização Mundial do Comércio (OMC). *Subsidies, Trade, and International Cooperation*, OECD Publishing, Paris. Apr. 2022. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/subsidies-trade-and-international-cooperation_a4f01ddb-en

simplesmente tentar impedir que as empresas menores adotem inovações ou cresçam, sem forçá-las a sair do mercado^{15 16}.

3.3. SUBSÍDIOS E A AUTORIDADES DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Não é comum as autoridades antitruste avaliarem os impactos dos subsídios tanto em processos de atos de concentração como em processos de conduta anticompetitiva. Isso porque há um certo ceticismo por parte das autoridades em que o “*deep pocket*” gerados pelos subsídios, seria suficiente para causar algum dano à concorrência. Além disso, há outros argumentos que também são levados em consideração: os casos de preços predatórios são resultado da ideia de que preços abaixo do custo para expulsar os concorrentes do mercado são considerados irracionais, por dois motivos: (1) existem formas mais lucrativas (por exemplo, aquisições) para eliminar concorrentes e (2) futuros aumentos de preços resultarão em novas entradas¹⁷.

No entanto, no caso de subsídios governamentais, pode haver outros fatores em jogo que tornem menos relevante a segunda razão para tornar os preços predatórios irracionais (isto é, futuros aumentos de preços), o objetivo pode ser apenas um ganho de *Market share*, e consequentemente aumento de poder de mercado. Outro ponto relevante é a falta de informações suficientes sobre os subsídios concedidos às empresas. A falta de clareza nessas informações pode camuflar uma competição injusta, e assim parecer que o preço cobrado pela empresa beneficiada é competitivo.

Tal possibilidade foi levantada no estudo publicado pelo FMI, OCDE, Banco Mundial e OMC em 2022¹⁸. O documento sinaliza posição no sentido de que o uso crescente de subsídios distorcivos alteram os fluxos de comércio e investimento, diminui o valor das obrigações tarifárias e outros compromissos de acesso ao mercado e reduz o apoio público ao comércio aberto. Além disso, posiciona que as diferenças acentuadas sobre subsídios estão contribuindo para as tensões comerciais globais que estão prejudicando o crescimento e os padrões de vida,

¹⁵ Motta, M. (2004), *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press.

¹⁶ Sire, T. (2022), “The uneven playing field: How to deal with foreign subsidies when assessing mergers?”, *Concurrences N° 1-2022*, Vol. February 2022, Art. N° 105183, pp. pp. 54-62.

¹⁷ Gomez, R., J. Goeree and C. Holt (2008), “Predatory Pricing Rare Like A Unicorn”, *Handbook of Experimental Economics Results*, Vol. Volume 1, pp. 178-184.

¹⁸ Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Banco Mundial (BM) e Organização Mundial do Comércio (OMC). *Subsidies, Trade, and International Cooperation*, OECD Publishing, Paris. Apr. 2022. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/subsidies-trade-and-international-cooperation_a4f01ddb-en

o que traria a necessidade do incremento da cooperação internacional entre governos e entre organizações internacionais¹⁹.

4. REGULAÇÃO DA AUTORIDADE DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA UNIÃO EUROPEIA PARA SUBSÍDIOS ESTRANGEIROS

Em maio de 2021, a Comissão Europeia iniciou uma proposta de regulamento sobre subsídios estrangeiros que distorcem o mercado interno. O regulamento proposto centrava-se particularmente nas concentrações de empresas (fusões e aquisições) e na participação em procedimentos de contratação pública da UE. Em dezembro de 2022, o Conselho da União Europeia adotou o Regulamento de Subsídios Estrangeiros (FSR) que distorcem o mercado.

O Regulamento fornece disciplinas rígidas para subsídios externos que visam evitar distorções no mercado interno. Contudo, foi necessário estabelecer o que seria subsídios estrangeiros: contribuição financeira²⁰ com origem direta ou indireta do governo de um país que não pertencente à União Europeia que confere vantagens a uma empresa que exerce uma atividade econômica no mercado interno e que é seletiva, ou seja, o subsídio pode ser limitado a uma empresa ou indústria individual ou a várias empresas ou indústrias.

Tais subsídios podem, portanto, ser concedidos a um beneficiário localizado fora do território do país que os concede. O regulamento sugere que os subsídios também podem ter um efeito transfronteiriço.

Ainda diante da complexidade do processo, seja em relação a transparência, seja em relação ao processo em si, o Regulamento europeu sugere que, se uma empresa, pertencente ou não a um Estado estrangeiro, não fornecer informações para que seja avaliado se o subsídio é ou não distorcivo, o Conselho da União Europeia pode considerar que a firma é beneficiária de contribuição financeira. Também está previsto que em caso omissão de informação a empresa será analisada em uma concentração como se tivesse recebido subsídio.

O regulamento permite à Comissão investigar as contribuições financeiras concedidas por países terceiros a empresas que exercem uma atividade econômica na União Europeia e corrigir os seus efeitos de distorção (impor remédios). Além disso, introduz duas ferramentas baseadas em notificação e uma ferramenta geral de investigação de mercado. A proposta

¹⁹ Athayde, Amanda and Marssola, Júlia and Medrado, Renê, Subsidies, International Trade, and Competition: Winds of change sweeping through the European Union and OECD, and Potential Impacts on Brazil (February 3, 2023). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4346495> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4346495>

²⁰ Contribuição financeira, segundo o regulamento, inclui: injeções de capital, subvenções, empréstimos, garantias, renúncias fiscais e o fornecimento ou compra de bens e serviços por parte do governo de país estrangeiro.

aprimora as ferramentas baseadas em notificação para concentrações e contratos públicos para direcionar os subsídios mais distorcivos, preservando a flexibilidade da revisão *ex-officio*²¹.

O Conselho pode ainda analisar por sua própria iniciativa (*ex-officio*) outras situações de mercado, bem como concentrações de empresas subsidiadas abaixo dos limiares de notificação. A proposta também inclui a possibilidade de solicitar uma notificação *ad hoc*, quando o Conselho suspeitar que há algum subsídio estrangeiro. O procedimento de análise será o mesmo baseado na notificação obrigatória.

As notificações serão obrigatórias, seja casos de controle, seja casos de fusão, para subsídios concedidos por governos estrangeiros. Neste caso devem ser informados os subsídios dos 3 anos anteriores ao ato de concentração (sujeito a reprovação caso não seja atendido). Após o envio dos dados, haverá prazo de 90 dias úteis para análise completa e 25 dias úteis para revisão, por parte da Comissão.

Quadro 1. Resumo das regras (Fonte: Elaborado pela autora)

Regras	
Notificação de concentrações com subsídios estrangeiro	Volume de negócios da empresa a ser adquirida: € 500 milhões ou mais
	Subsídios: € 50 milhões
Investigar licitações em aquisições públicas com subsídios estrangeiro	Valor da aquisição: € 250 milhões ou mais
Investigar todas as outras situações de mercado	<i>Ex-officio</i>
Limite do montante de Subsídio	€ 5 milhões ao longo de 3 anos

Em resumo, o FSR se aplica a todas as empresas (públicas, privadas, inclusive fundos soberanos) que exerçam atividades econômicas na União Europeia e que tenham recebido, direta ou indiretamente, qualquer contribuição financeira de um país estrangeiro (não Estado-

²¹ Neste caso, as análises podem ser feitas considerando o interesse público.

Membro) e que, em particular, tenham se envolvido ou pretendam se envolver em transações de fusões e aquisições ou em licitações públicas²².

Apesar de ter sido adotado em dezembro de 2022, o Regulamento de Subsídios Estrangeiros (FSR) entrará em vigor apenas em julho de 2023 (12/07/2023). Entretanto, está disponível desde fevereiro de 2023 o projeto de implementação do regulamento – IR²³, que tem o objetivo de esclarecer as regras de implementação do FSR, ou seja, o IR tem como premissa elucidar os aspectos práticos e processuais mais detalhados relacionados à aplicação do FSR.

Projeto de IR esclarece elementos processuais, tais como:

1. A forma de notificações para fusões e aquisições, além de procedimentos de contratação pública²⁴;
2. As datas efetivas de notificações²⁵;
3. Os poderes de investigação da Comissão²⁶;
4. Oferta de compromissos das partes²⁷;
5. O direito de uma parte de apresentar seus comentários²⁸;
6. O tratamento de informações confidenciais²⁹;
7. A forma de acesso aos autos pelas partes³⁰;
8. Os prazos processuais³¹;
9. Fornece as minutas de formulários de notificação para fusões e aquisições³² 17 e procedimentos de contratação pública³³.

5. CONCLUSÃO

Apesar de as autoridades de defesa da concorrência terem subjugado os efeitos danosos dos subsídios nas fusões e casos de controle, o debate trazido neste estudo mostra que o Conselho da União Europeia além de ter percebido o potencial impacto anticompetitivo

²² Idem 20

²³ Para maiores informações consultar sobre a IR: [Distortive foreign subsidies – procedural rules for assessing them \(europa.eu\)](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actions_penalties/subsidies/subsidies_en)

²⁴ Artigos 4º e 5º da Minuta de IR.

²⁵ Artigos 6º e 7º da Minuta de IR.

²⁶ Capítulo III da Minuta de IR.

²⁷ Capítulo IV da Minuta de IR

²⁸ Artigo 18º da Minuta de IR.

²⁹ Artigo 20º da Minuta de IR.

³⁰ Artigo 21º da Minuta de IR.

³¹ Capítulo VIII da Minuta de IR.

³² Anexo 1 da Minuta de IR.

³³ Anexo 2 da Minuta de IR.

advindos dos subsídios estrangeiros, ainda está promovendo a implementação do Regulamento de Subsídios Estrangeiros que distorcem o mercado interno europeu no sentido de mitigar os desvios causados no mercado competitivo.

Este regulamento é um marco no sentido dar atenção as competições injustas com possível uso de preço predatório e abuso de posição dominante que os subsídios podem causar no mercado. E neste sentido a União Europeia dá um passo à frente para preencher uma lacuna em suas ferramentas de *enforcement*, bem como inova no sentido de exigir maior simetria de informações em relação às contribuições financeiras que podem tornar a competição entre empresas injustas.

Outro ponto positivo é a capacidade de observar subsídios fora dos Estados-Membros. O controle por parte dos subsídios concedidos por instituições da União Europeia já estava sendo feito, contudo, ainda não havia solução prática para avaliar casos em que os subsídios vinham de países estrangeiros. O FSR veio no sentido de ampliar esse controle, sem necessariamente gerar algum desconforto entre nações, ou mesmo esperar por algum acordo coletivo entre organizações internacionais.

REFERÊNCIAS

Athayde, Amanda and Marssola, Júlia and Medrado, Renê, Subsidies, International Trade, and Competition: Winds of change sweeping through the European Union and OECD, and Potential Impacts on Brazil (February 3, 2023). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4346495> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4346495>

Boutin, X., Cestone, G., Fumagalli, C., Pica, G., & Serrano-Velarde, N. (2013). The deep-pocket effect of internal capital markets. *Journal of Financial Economics*, 109(1), 122-145.

Bright, C. and J. Schmidt (2005), “Financial strength as a Relevant Criterion in EC Merger Analysis: A Search for Meaning”, *European Competition Journal*, Vol. 1/2, pp. 293-314

Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Banco Mundial (BM) e Organização Mundial do Comércio (OMC). *Subsidies, Trade, and International Cooperation*, OECD Publishing, Paris. Apr. 2022. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/trade/subsidies-trade-and-international-cooperation_a4f01ddb-en

Fresard, L. (2010). Financial strength and product market behavior: The real effects of corporate cash holdings. *The Journal of finance*, 65(3), 1097-1122.

Garcia, R. C. (2001). Subsídios para organizar avaliações da ação governamental. *Planejamento e Políticas Públicas*.

Global Trade Alert, Global Dynamics, Policy Instruments Used. Disponível em https://www.globaltradealert.org/global_dynamics/year-to_2022/day-to_0208

Gomez, R., J. Goeree and C. Holt (2008), “Predatory Pricing Rare Like A Unicorn”, *Handbook of Experimental Economics Results*, Vol. Volume 1, pp. 178-184.

Motta, M. (2004), *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press.

Sire, T. (2022), “The uneven playing field: How to deal with foreign subsidies when assessing mergers?”, *Concurrences N° 1-2022*, Vol. February 2022, Art. N° 105183, pp. pp. 54-62.

8. ENTRE O ANTITRUSTE E A ANTICORRUPÇÃO: os recentes movimentos de enfoque sobre crimes corporativos e a necessária implementação de programas de compliance efetivos

8. *BETWEEN ANTITRUST AND ANTI-CORRUPTION: Recent shifts in focus on corporate crimes and the necessary implementation of effective compliance programs.*

Isabella Santiago Accioly

Carlos Henrique Rodrigues Rangel de Castro

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Anticorrupção e concorrência. 2.1 O combate à corrupção sob uma perspectiva histórica. 2.2. A interlocução entre o combate a corrupção e a defesa da concorrência. 3. O crescente foco na abordagem sobre crimes corporativos. 3.1. O Memorando Monaco. 3.2. Repercussões sobre a política antitruste. 4. Trazendo o diálogo para o contexto brasileiro e para as discussões acerca das políticas de incentivo aos programas de compliance. 4.1. A importância da adoção de programas de compliance robustos. 4.2. Questionamentos acerca das políticas de incentivo. 5. Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho se propõe a analisar a interlocução entre o combate à corrupção e a defesa da concorrência em vista da observação de uma tendência de maior atenção sobre a persecução aos crimes corporativos. Para isso, faz-se um panorama geral a respeito do tema, com uma breve perspectiva histórica a respeito do combate à corrupção em um contexto global e o recente destaque dado ao assunto nos EUA, como forma de ilustrar a tendência verificada. Ao final, aproxima-se o diálogo do contexto brasileiro, destacando-se a importância da adoção de políticas de *compliance* eficientes, investigando de forma prática o que se entende por política eficiente, a fim de analisar seus impactos não só no mercado, mas principalmente na atividade de persecução aos crimes corporativos.

Palavras-chave: Combate à corrupção; Defesa da concorrência; Crimes corporativos; Políticas de compliance.

ABSTRACT: The present paper proposes to analyze the interlocution between the fight against corruption and the defense of competition in view of the observation of a growing trend of attention on the approach to corporate crimes. In this line, a general overview is made on the subject, with a brief historical perspective and the presentation of recent statements in the U.S. as a way to illustrate this trend. At the end, the dialog is brought closer to the Brazilian context and the importance of compliance policies is highlighted, with a practical analysis regarding the repercussions of such programs for the collaboration instruments, especially in the antitrust sphere, in order to evaluate its benefits to mitigate concerns common to both areas.

Keywords: Anti-corruption; Antitrust; Corporate crime; Compliance policies.

1. INTRODUÇÃO

Em setembro de 2022, a procuradora-geral adjunta do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ), Lisa Monaco, anunciou o combate a crimes corporativos como a maior prioridade do DOJ durante a Gestão Biden¹. Segundo Monaco, uma abordagem rigorosa e enfática sobre as pessoas e empresas envolvidas em crimes de colarinho branco é o caminho para garantir a integridade dos mercados, restabelecer a confiança da sociedade na segurança do sistema econômico e reforçar o funcionamento do sistema jurídico norte-americano.

As preocupações concernentes à ética empresarial e à influência de grandes corporações sobre o sistema político e democrático não vêm de hoje². A corrupção sistêmica é um dos principais fatores que afetam o funcionamento da ordem econômica e da dinâmica competitiva de um país. Nesse sentido, importante discutir e analisar como as políticas públicas referentes às searas da anticorrupção e do direito antitruste dialogam e vêm sendo implementadas.

O presente trabalho busca fazer uma análise sobre as crescentes preocupações relacionadas a crimes corporativos, especialmente sob o viés da anticorrupção e defesa da concorrência, destacando as políticas de *compliance* como importantes mecanismos presentes no diálogo entre ambas as searas.

Desse modo, no Capítulo 1, será feita uma breve exposição sobre a atenção crescente que a temática anticorrupção foi ganhando ao longo dos anos e de que forma ela repercute sobre a defesa da concorrência nos países. Em seguida, no Capítulo 2, serão trazidas questões atuais levantadas pelas autoridades públicas dos EUA no que diz respeito ao combate a crimes corporativos e de que forma tais questões repercutem sobre a política concorrencial norte-americana. No Capítulo 3, trazendo o diálogo para o contexto brasileiro, será feita uma análise a respeito da importância dos programas de *compliance* nessa interface entre os temas, dando-se destaque aos programas de *compliance* antitruste para posteriormente se questionar que política de incentivos favorece a ampliação da adoção de programas mais robustos pelas empresas. Ao final, serão apresentadas as conclusões.

2. ANTICORRUPÇÃO E CONCORRÊNCIA

¹ USA, Department of Justice. Deputy Attorney General Lisa O. Monaco Delivers Remarks on Corporate Criminal Enforcement. 2022. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-lisa-o-monaco-delivers-remarks-corporate-criminal-enforcement>

² WU, Tim. “Antitrust and Corruption: Overruling Noerr“. Knight Columbia. 2020. Disponível em: <https://knightcolumbia.org/content/antitrust-and-corruption-overruling-noerr>

O entranhamento entre o mundo da política e o mundo corporativo é uma realidade presente na dinâmica capitalista. As interações entre o público e o privado não são nenhuma novidade, e tampouco o é a noção de que tais interações muitas vezes envolvem aspectos problemáticos, como o desvirtuamento do bem público em favor de interesses privados.

Os escândalos provenientes da Operação Lava-Jato e suas repercussões na justiça e no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) evidenciaram um aspecto já sabido, mas muitas vezes ignorado: o histórico de corrupção sistêmica presente no Brasil afeta diretamente a concorrência e o ambiente econômico brasileiro. Dessa maneira, não há como negar que o combate à corrupção e a defesa da concorrência possuem uma área de intersecção muito importante e que deve ser observada de forma enfática e coesa.

Com vistas a analisar essa intersecção entre as duas áreas, este capítulo se subdividirá da seguinte forma: no item 1.1, será feita uma breve análise em perspectiva sobre o combate à corrupção no contexto global, demonstrando como esse assunto foi se tornando um alvo de preocupação cada vez maior ao longo dos anos. A seguir, no item 1.2, serão analisados os aspectos que aproximam tais preocupações do debate antitruste e a importância de uma maior atenção sobre a interlocução entre as duas áreas.

2.1. A CRESCENTE PREOCUPAÇÃO SOBRE A TEMÁTICA DA ANTICORRUPÇÃO SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

O problema da corrupção é uma preocupação mundial, especialmente desde que estudos passaram a revelar seus impactos sobre a economia e as instituições democráticas. Um dos pioneiros nesse sentido foi o estudo de Susan Rose-Ackerman “*Corruption: a study in political economy*”, publicado em 1978, que revela que o impacto da corrupção sobre a economia e as organizações políticas são mais extensos e profundos do que até então se sustentava³.

Foi nesse período que os Estados Unidos adotaram normas de combate à corrupção, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), aprovado em dezembro de 1977 pelo Congresso norte-americano, como forma de colocar fim ao suborno de funcionários públicos e restaurar a confiança do público na integridade do sistema empresarial⁴.

³ ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: A dificuldade de medir a corrupção. Novos Estudos CEBRAP. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/RgddTWdKvK3k4kVzx5hgrtS/?lang=pt>.

⁴ XAVIER, Christiano. Programas de Compliance Anticorrupção no Contexto da Lei 12.846/13: elementos e estudo de caso. Biblioteca Digital FGV. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/bitstream/handle/10438/13726/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Vers%C3%A3o%20Final%204.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 de jan. 2023.

No entanto, com a expansão da percepção negativa sobre práticas de suborno e corrupção em geral – que eram anteriormente vistas como normais e, em alguns casos, até benéficas para a economia⁵ – e com a pressão dos EUA para que outros países adotassem legislações anticorrupção – de modo que as empresas norte-americanas não ficassem prejudicadas no comércio internacional –, a partir dos anos 1990, diversas convenções internacionais de combate à corrupção passaram a ser editadas.

A primeira foi a Convenção Interamericana contra a Corrupção, aprovada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1996⁶. Posteriormente, foi aprovada a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais⁷, a qual foi adotada pelos 29 (vinte e nove) Estados membros e outros 5 (cinco) não membros da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Por fim, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção⁸ foi aprovada em 31 de outubro de 2003.

No mesmo sentido, diversos países foram amadurecendo seus diplomas legais a fim de promover, cada vez mais, a adoção de uma postura ética por parte das empresas sob suas jurisdições. A título de exemplo, tem-se o *UK Bribery Act*, aprovado em 2010 e considerado uma das legislações mais severas do mundo no combate à corrupção empresarial⁹. Algum tempo depois, adveio também a Lei Anticorrupção Brasileira – Lei 12.864/2013¹⁰ –, que trouxe importantes inovações ao ordenamento pátrio e representou um marco diante de um contexto de grande revolta popular frente aos grandes e frequentes escândalos de corrupção, bem como de adequação aos compromissos assumidos perante a comunidade jurídica internacional.

É interessante notar como, até pouco tempo antes da aprovação da Lei 12.864/2013, muitos duvidavam que o Brasil adotaria uma lei anticorrupção efetiva e abrangente, ou que,

⁵ ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: A dificuldade de medir a corrupção. Novos Estudos CEBRAP. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/RgddTWDKvK3k4kVzx5hgrtS/?lang=pt>.

⁶OEA – Organização dos Estados Americanos. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-oea/documentos-relevantes/arquivos/convencao-oea>

⁷OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/convencao-ocde>

⁸ UNODC – Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crimes. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpobrazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf

⁹TRAPP, Hugo. Compliance Na Lei Anticorrupção: Uma Análise Da Aplicação Prática Do Art. 7º, VIII, Da Lei 12.846/2013. Boletim Jurídico. 2015. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/trabalhos-academicos/3421/compliance-lei-anticorrupcao-analise-aplicacao-pratica-art-7-viii-lei-12-8462013>. Acesso em: 12 de jan. 2023

¹⁰BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm

após sua aprovação, a aplicação de tal legislação seria efetiva¹¹. Não obstante, não foi muito tempo após sua entrada em vigor que a Operação Lava-Jato ganhou destaque e expôs esquemas gigantescos de corrupção que levaram à prisão de alguns políticos e executivos de alto escalão, bem como ao pagamento de pesadas multas pelas empresas envolvidas.

Tais fatos certamente reverberaram em outros países e, especialmente, no mundo corporativo. De lá para cá, observa-se um esforço crescente global no que diz respeito à ética empresarial e o combate a crimes corporativos. Esse é especialmente o caso nos EUA, que, logo no começo da gestão Biden, estabeleceu o combate à corrupção como uma prioridade de segurança nacional e, desde então, vem lançando importantes iniciativas relacionadas ao tema¹².

2.2. A INTERLOCUÇÃO ENTRE O COMBATE A CORRUPÇÃO E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O Memorando publicado pela Casa Branca, que estabeleceu o combate à corrupção como um interesse central para a segurança nacional dos EUA, inicia-se destacando que a corrupção corrói a confiança pública, distorce os mercados e o acesso equitativo aos serviços e enfraquece o desenvolvimento econômico e o sistema democrático do país como um todo. Esses são argumentos notáveis e relevantes para que seja dada maior atenção a esse tema em termos de políticas públicas. Mas por qual motivo, exatamente, o combate à corrupção deve entrar no escopo de atenção das políticas de defesa da concorrência?

Sob uma perspectiva conceitual, “tanto o antitruste quanto o direito anticorrupção se preocupam com o fenômeno do *rent-seeking*”¹³, definição que pode ser associada à tentativa de obtenção de privilégios privados em detrimento dos interesses públicos e ocorre por meio da manipulação das regras do ambiente em que a atividade econômica é prestada.

¹¹ LEVINE, Andrew M. The Guide to Corporate Compliance. Latin Lawyer, 2022. Disponível em: <https://latinlawyer.com/guide/the-guide-corporate-compliance/third-edition/article/introduction>

¹²THE WHITE HOUSE. Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest. 2021. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/06/03/memorandum-on-establishing-the-fight-against-corruption-as-a-core-united-states-national-security-interest/>. Acesso em: 12 de jan. 2023.

¹³FERNANDES, Victor Oliveira. Poder econômico e ética empresarial: interfaces entre defesa da concorrência e combate à corrupção. Artigo de reação. 2018. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9JI5ZgfLN2YJ:https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4427017/mod_folder/content/0/artigo%2520de%2520rea%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520-%2520victor%2520oliveira%2520fernandes.pdf%3Fforcedownload%3D1&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 15 de jan. 2023.

Mas para além disso, sem entrar nas discussões doutrinárias a respeito dos objetivos do antitruste, sabe-se que o seu papel fundamental é resguardar o bom funcionamento dos mercados e fomentar a livre concorrência. E quanto a isso, sabe-se que o abuso do poder econômico é um dos fatores que impedem mercados competitivos de atingirem a eficiência¹⁴. Mas pouco ainda se fala sobre como as relações entre poder econômico e poder político distorcem a concorrência, ensejando práticas abusivas e anticompetitivas.

Diversos autores têm ressaltado como a concentração de poder econômico favorece a concentração de poder político, ganhando papel relevante na tomada de decisões e podendo ultrapassar – e, por vezes, até mesmo minar – o chamado “interesse público”¹⁵. A relação entre poder econômico e poder político é comumente vista em um ciclo vicioso no qual, quanto maior o poder econômico de uma empresa, maior sua capacidade de influência política, e quanto maior seu poder político, maior – e mais estável – o seu poder econômico. As vantagens obtidas pelas empresas podem ser diversas, passando pela edição e aprovação de normas e regulações favoráveis a seus interesses, até a formulação de editais de licitações direcionados, bem como outras possíveis situações. Um dos grandes objetivos dos agentes econômicos, nesse tipo de interação, é criar regras ou ferramentas que os insulem da competição¹⁶.

É de se notar ainda o que Tim Wu (2020) lembrou em artigo recente, quando expôs que a legislação antitruste guarda, em suas origens, preocupações relacionadas à influência privada sobre as instituições democráticas, especificamente quanto à obtenção e manutenção de monopólios por mecanismos de corrupção¹⁷.

Feito este breve panorama sobre a intersecção entre o direito antitruste e o direito anticorrupção, passa-se à análise das novas percepções e propostas de abordagem anunciadas pelas autoridades norte-americanas.

3. O CRESCENTE FOCO NA ABORDAGEM SOBRE CRIMES CORPORATIVOS

¹⁴ CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. Os objetivos do Direito Antitruste: evolução e perspectivas para o pós-Covid-19. Jota, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-objetivos-do-direito-antitruste-evolucao-e-perspectivas-para-o-pos-covid-19-01082020#sdfootnote4sym>

¹⁵ FRAZÃO, Ana. Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados: parte XIII. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-emercado/novas-perspectivas-para-a-regulacao-juridica-dos-mercados-parte-xiii-27052020>. Acesso em: 26 de jan. 2023.

¹⁶ ACCIOLY, Isabella. "Sham Lobby" no Brasil: uma análise sobre o possível enquadramento do lobby anticompetitivo como infração à ordem econômica nos termos da Lei n. 12.529/2011. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2021. p. 14. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/29388/1/2021_IsabellaSantiagoAccioly_tcc.pdf. Acesso em: 12 de jan. 2023.

¹⁷ WU, Tim. “Antitrust and Corruption: Overruling Noerr”. Knight Columbia. 2020. Disponível em: <https://knightcolumbia.org/content/antitrust-and-corruption-overruling-noerr>. Acesso em: 12 de jan. 2023.

Em outubro de 2021, a procuradora-geral adjunta do DOJ, Lisa Monaco, anunciou uma série de mudanças relacionadas a investigações em crimes corporativos, ressaltando que o combate a crimes corporativos seria a maior prioridade do DOJ no momento. Assim nasceu o documento que ficou conhecido como “Monaco Memo” (ou Memorando Monaco), que depois foi complementado por outro documento, publicado em setembro de 2022 – “*Further revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies Following Discussions with Corporate Crime Advisory Group*”. Esse segundo documento apresenta as conclusões feitas pelo Grupo de Trabalho criado especialmente para estudar e fazer uma revisão interna sobre as políticas e mudanças necessárias para promover a abordagem proposta no Memorando de Lisa Monaco.

Apesar de alguns compreenderem o documento como um retorno ao “Memorando Yates”, em referência à política de abordagem a crimes corporativos postulada pela então procuradora-geral adjunta do Governo Obama, Sally Yates, o Memorando Monaco traz algumas mudanças e novidades¹⁸. Vale dizer que o mencionado Memorando Yates teve sua implementação interrompida em razão da mudança na gestão do DOJ e a abordagem diversa defendida pelo procurador-geral adjunto Rod Rosenstein¹⁹ durante o Governo Trump.

Desse modo, na Subseção 2.1., serão destacadas as principais propostas anunciadas por Monaco no mencionado Memorando. Em seguida, na Subseção 2.2., será feita uma análise de como as preocupações destacadas pelo documento e as mudanças a serem possivelmente implementadas podem reverberar no departamento antitruste do DOJ e, muito provavelmente, nas discussões concorrenciais no âmbito do CADE.

3.1. O MEMORANDO MONACO

Em apertada síntese, o Memorando Monaco foca em três grandes propostas, as quais passam a ser destrinchadas e ganham contornos mais específicos a partir do segundo documento publicado.

Em primeiro lugar, sugere-se que o DOJ considere todo o histórico de conduta da empresa investigada por envolvimento em crimes corporativos antes de definir qual será o endereçamento adequado no caso concreto. Segundo o Memorando, o Departamento deve

¹⁸ Para mais informações sobre as transições e alterações nas políticas do DOJ nos últimos anos: ATHAYDE, Amanda; OLIVEIRA, Oscar. Idas e vindas na abordagem de crimes corporativos nos EUA. Portal Jota. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/idas-e-vindas-na-abordagem-de-crimes-corporativos-nos-eua-01022022>. Acesso em: 14 de jan. 2023.

¹⁹ O'BRIEN, Ann; SNYDER, Brent; SANDOLOSKI, Sean. The Monaco Memo: What could it mean for criminal antitrust enforcement? Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2021/12/Carte-1-Column-December-2021-Full.pdf>

adotar uma abordagem holística ao considerar as características de uma empresa, compreendendo que um histórico de condutas anteriores em qualquer âmbito, mesmo que não relacionadas à conduta investigada, pode indicar que a empresa carece de uma estrutura de controles internos e cultura corporativa adequadas para desincentivar atividades ilícitas. Desse modo, qualquer ação criminal, civil ou regulatória, nacional ou estrangeira, contra a empresa, incluindo ações contra a controladora, divisões, afiliadas, subsidiárias e outras entidades ligadas à empresa alvo, devem ser consideradas. Em última análise, algumas dessas condutas podem se mostrar menos significativas, mas o Memorando ressalta que deve-se partir do princípio de que todo o histórico é potencialmente relevante.

O segundo ponto destacado pelo Memorando diz respeito às informações a serem prestadas sobre os indivíduos envolvidos nos crimes corporativos investigados pelo DOJ. Reafirma-se, neste ponto, a orientação anterior, emitida no Memorando Yates, de que, para obter qualquer benefício de cooperação, as empresas devem fornecer à autoridade todos os fatos relevantes e informações não-privilegiadas²⁰ relacionadas aos indivíduos envolvidos na conduta investigada. Isso porque, nas palavras de Monaco, uma das maneiras mais eficazes de combater crimes corporativos é responsabilizar efetivamente os indivíduos que perpetraram o delito. Monaco reforça que indivíduos com envolvimento periférico nas condutas também possuem informações relevantes sobre o caso e que a autoridade pública, em geral, é melhor equipada para identificar a real relevância e culpabilidade dos indivíduos. Assim, propõe que as empresas que queiram celebrar acordos com o DOJ devem fornecer todas as informações sobre indivíduos internos ou externos à empresa e de uma maneira rápida – ou seja, tão logo seja identificada a prática e o envolvimento.

O terceiro e último ponto refere-se à imposição de monitores externos para acompanhamento de empresas envolvidas em crimes corporativos. Neste ponto, o Memorando propõe a modificação de padrões, políticas e procedimentos para avaliar a necessidade de imposição de monitores externos independentes após uma decisão ou acordo celebrado com o DOJ, sugerindo que tal imposição seja favorecida sempre que houver demonstrada necessidade ou benefício advindos dessa prática. Nos termos da proposta, os monitores se mostram um meio eficaz de reduzir o risco de reincidência em crimes corporativos e identificar lapsos de conformidade nos programas de *compliance* das empresas. O Memorando entende que o escopo de qualquer monitoramento deve ser adaptado para abordar as questões e preocupações

²⁰ Isto é, informações que não estejam sujeitas às hipóteses de sigilo legal que impeçam seu compartilhamento em um processo judicial.

específicas identificadas no caso concreto, sendo certo que a decisão pela imposição ou não de monitores obedecerá sempre a uma análise bastante casuística.

3.2. REPERCUSSÕES SOBRE A POLÍTICA ANTITRUSTE

Nos EUA, o anúncio da procuradora-geral adjunta Lisa Monaco evidentemente repercutiu sobre outras divisões do DOJ. Diversos membros da divisão antitruste, advogados atuantes na área, profissionais de *compliance*, etc extenuaram suas opiniões e preocupações quanto às novas diretrizes. Muito se falou sobre um possível retorno à “era Yates”, em que houve grande preocupação sobre alterações dramáticas na política antitruste à época, que, ao final, não se concretizaram de fato²¹. Uma das possíveis explicações encontradas para a ausência de “mudanças radicais” foi o histórico de *enforcement* enfático da divisão antitruste sobre indivíduos envolvidos nas condutas investigadas. Mas seria possível afirmar que as novas diretrizes propostas por Lisa Monaco terão o mesmo nível de repercussão sobre a política concorrencial atual?

Os documentos publicados no âmbito do Memorando Monaco parecem sugerir propostas audazes no sentido de implementar uma política de *enforcement* mais arrojada sobre crimes corporativos. A principal preocupação é o impacto de tais propostas sobre a política de acordos antitruste, uma vez que várias das alterações teriam o condão de afetar a estrutura de incentivos que permeia a celebração de acordos de cooperação entre a autoridade pública e agentes privados.

Em primeiro lugar, a consideração sobre todo o histórico de infrações de qualquer natureza cometidas pelas empresas – praticadas em âmbito nacional ou internacional e incluindo filiais, subsidiárias e outras empresas do mesmo grupo econômico –, traz grande insegurança sobre o nível de exposição ao qual a empresa se submeterá e de que modo esse histórico poderá prejudicá-la na negociação de benefícios em sede de acordo. Essa abordagem do histórico empresarial poderá alterar a decisão das empresas de reportar ou não condutas à autoridade, reduzindo os incentivos especialmente quando a empresa não for a primeira a reportar e precisar negociar outros tipos de acordos.

Sobre isso, tem-se discutido como será o cálculo do escore de culpabilidade para fins de aplicação de multas. Neste cálculo, o fator reincidência funciona como uma espécie de

²¹ O'BRIEN, Ann; SNYDER, Brent; SANDOLOSKI, Sean. The Monaco Memo: What could it mean for criminal antitrust enforcement? Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2021/12/Carte-1-Column-December-2021-Full.pdf>

majorante e, atualmente, são avaliadas condutas praticadas no mesmo âmbito da investigada (ou seja, práticas anticompetitivas) no horizonte temporal de 5 a 10 anos. Com as novas diretrizes do Memorando, pode haver uma necessidade de readequação dos atores frente ao possível aumento no custo de reincidência²². Importa ressaltar ainda que os benefícios das políticas de acordos antitruste se aplicam tão somente no âmbito do julgamento nesta seara administrativa e em âmbito federal, havendo pouca clareza para as empresas sobre as possíveis repercussões em outras áreas e jurisdições.

Além de considerar todo o histórico da empresa, o Memorando sugere que todas as informações sobre eventuais condutas praticadas devem ser fornecidas de forma rápida e diligente para a autoridade, sugerindo um maior rigor sobre o fator “agilidade”. Isto é, caso a autoridade entenda que as informações não foram fornecidas de forma célere o suficiente, a empresa poderá não receber os benefícios esperados de um acordo de colaboração. Não se pode desconsiderar que a decisão de se reportar à autoridade sobre um ilícito, na prática, é uma decisão extremamente complexa para a empresa e que passa por várias camadas, desde os advogados e gestores de *compliance* até os mais altos executivos. Faz todo o sentido que a autoridade requeira a prestação de informações em tempo hábil quando uma empresa decide colaborar, mas será que esse fator agilidade, sem grande precisão sobre como isso será calculado ou considerado, pode gerar ainda mais insegurança sobre os incentivos para a colaboração?

Por fim, a questão do monitoramento externo também tem gerado algumas preocupações. O DOJ incorporou recentemente a prática de realizar acordos de não persecução (*Deferred Prosecution Agreements* ou *DPAs*) com a condição de que as empresas estabeleçam procedimentos internos de *compliance*, mas esta prática não veio, de modo geral, acompanhada da imposição de monitores externos para avaliar as ações relativas à implementação dos programas de *compliance*²³. Monitores externos independentes podem ser altamente custosos para as empresas e tais custos serão embutidos no cálculo que considera os riscos e benefícios de celebrar um acordo junto à autoridade concorrencial.

Nunca é demais lembrar que a colaboração de agentes envolvidos nas condutas é uma das grandes ferramentas de que dispõe o direito antitruste para conseguir obter um nível de

²² ATHAYDE, Amanda; OLIVEIRA, Oscar. Idas e vindas na abordagem de crimes corporativos nos EUA. Portal Jota. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/idas-e-vindas-na-abordagem-de-crimes-corporativos-nos-eua-01022022>.

²³ Houve a imposição de monitoramento externo na condenação da AU Optronics Corporation e sua subsidiária americana pela conduta de fixação de preços de “display de cristal líquido” (LCD) em caso julgado em 2012. Mais informações: <https://www.justice.gov/opa/pr/taiwan-based-au-optronics-corporation-its-houston-based-subsidiary-and-former-top-executives>

enforcement adequado, uma vez que ilícitos concorrenciais, em geral, são de difícil identificação e com baixo acervo probatório que confirme tais condutas. Na divisão anticorrupção, existe a opção “*follow the money*”, que permite às autoridades identificar envolvidos na conduta e montar um esqueleto probatório mínimo sem um alto nível de colaboração de investigados, mas na divisão antitruste isso se torna um pouco mais desafiador. Resta verificar se tais preocupações serão contornadas e endereçadas e como a política de acordos antitruste será efetivamente impactada.

4. TRAZENDO O DIÁLOGO PARA O CONTEXTO BRASILEIRO E PARA AS DISCUSSÕES ACERCA DAS POLÍTICAS DE INCENTIVO AOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Trazendo a discussão para o contexto brasileiro, não se pode dizer que há, atualmente, uma proposta correspondente ao “Memorando Monaco”. Contudo, é inegável que as preocupações e o acirramento no combate a crimes corporativos vêm crescendo nos últimos anos, tendo se tornado ainda mais evidente no contexto da Operação Lava-Jato.

Na ocasião, foi revelada a existência de diversos esquemas de cartéis em contratações públicas, nos quais as empresas empreiteiras envolvidas também se utilizavam da prática de corrupção a fim de garantir o êxito e a permanência de condutas colusivas que visavam não só a eliminação da concorrência em ambientes licitatórios, mas a alocação dos recursos obtidos ilicitamente pelo favoritismo político também.

Em razão do emaranhado de ilícitos que repercutiram tanto na esfera administrativa, quanto na esfera criminal, foi extremamente necessário que os diferentes órgãos atuantes nesse combate unissem forças por meio de acordos de cooperação técnica – bem como de outras iniciativas –, no intuito de garantir a eficácia adequada da repressão a tais ilícitos, uma vez que, em casos desse tipo, especialmente na proporção conhecida, a persecução somente em uma esfera não seria suficiente para “cortar o mal pela raiz”, já que as diversas atividades ilegais se fortaleciam a partir de um ciclo vicioso que se retroalimentava.

Foi nesse contexto que o CADE adquiriu grande protagonismo no combate indireto à corrupção, atuando por meio do dismantelamento dos cartéis em licitação consolidados em tais esquemas ilegais. Sabendo que a instrução probatória em casos do gênero costuma ser algo bastante custoso e desafiador, a autoridade antitruste brasileira optou pela ampliação do uso de acordos de leniência e termos de compromisso de cessação (TCCs), prezando por uma atuação

mais célere e efetiva, principalmente por meio da inclusão maciça dos agentes privados investigados no processo de colaboração com as investigações.

É importante frisar que na legislação brasileira os acordos de leniência são instrumentos que estão previstos tanto na Lei nº 12.529/2011, Lei de Defesa da Concorrência, quanto na Lei 12.846/2011, Lei Anticorrupção, de modo que sua utilização é facultada a diferentes órgãos da Administração Pública envolvidos na persecução de ilícitos administrativos, havendo, contudo, algumas diferenças entre o acordo de leniência antitruste e o acordo de leniência anticorrupção, em razão do escopo de cada lei.

Sem adentrar de forma detalhada nas características específicas de cada tipo de acordo de leniência²⁴, tal contextualização se mostra fundamental para destacar o papel que os programas de *compliance* corporativos desempenham nessa equação, não só em razão do fato de impactarem na adesão aos instrumentos de colaboração, mas no próprio funcionamento adequado do ambiente econômico. Reforçando essa percepção, a própria abordagem proposta pelo Memorando Monaco gera profundos incentivos à adoção de programas de *compliance* cada vez mais robustos e bem estruturados.

Portanto, o presente capítulo utiliza como recorte principal a ferramenta do programa de *compliance* antitruste, a fim de endereçar melhor o modo pelo qual os debates acerca das políticas de percução norte-americanas também se aplicam ao contexto brasileiro, destacando-se em seguida, no item 3.1, o papel central que programas de *compliance* robustos exercem não só para a organização interna das próprias empresas, mas também para o controle efetivo do próprio Poder Público na repressão de práticas ilícitas. Mais adiante, no item 3.2, questiona-se qual política de incentivos o Estado pode utilizar para estimular, além da implementação de tais programas, a própria incorporação dos parâmetros adequados para que não sejam programas meramente formais, mas verdadeiramente capazes de tornar as empresas menos vulneráveis no envolvimento em práticas criminosas e anticompetitivas.

4.1. A IMPORTÂNCIA DA ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE ROBUSTOS

A instituição de programas de *compliance* internos nas empresas, sejam elas de pequeno, médio ou grande porte, representa uma série de benefícios não só para as próprias

²⁴ Para mais informações sobre os diferentes tipos de acordos de leniência, consultar a obra “Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e Prática” de Amanda Athayde.

empresas, que conseguem atrair mais investidores e parceiros comerciais, como também para o Poder Público, ao estabelecer mecanismos de prevenção à ocorrência de infrações e danos, o que a torna conseqüentemente mais confiável.

Contudo, a experiência advinda da Operação Lava-Jato mostra que a mera existência de programas “de fachada” não implica em efeitos práticos significativos, uma vez que a maior parte das empresas investigadas possuía programas carentes de robustez.

Entende-se que, para cumprirem com o objetivo principal, os programas de *compliance* devem se inserir em um contexto que envolva estruturas de governança efetivas, capazes de promover o entendimento adequado de seus funcionários e administradores sobre as condutas ilícitas que podem ser usadas para distorcer as boas práticas do mercado, além da orientação acerca dos processos de tomada de decisão para a defesa dos interesses da empresa e de seus colaboradores perante as autoridades.

Nesse sentido, cabe destacar que programas verdadeiramente robustos concentram um núcleo mínimo de elementos essenciais voltados à (i) identificação adequada dos riscos e definição dos objetivos do *compliance*; (ii) governança do programa compatível com os riscos identificados; (iii) o estabelecimento de códigos de condutas claros e concretos, ajustados para o tipo de prevenção pretendida²⁵.

Assim, uma vez estruturados de maneira adequada, em casos de detecção de alguma conduta ilícita, tais elementos tornam o processo de adesão aos instrumentos de colaboração mais ágil e eficiente, resultando em maiores benefícios tanto para a autoridade, que terá um ponto de partida mais seguro para iniciar suas investigações a partir de provas que muitas vezes poderiam levar muito mais tempo para serem coletadas, quanto para a empresa, que poderá se beneficiar de eventuais imunidades e reduções de pena.

Portanto, trata-se de um importante elo que une a autorregulação empresarial à atividade reguladora do Estado que, ao endereçar riscos de forma adequada, também contribui para o bom funcionamento dos mercados, trazendo segurança jurídica e previsibilidade, de modo a mitigar riscos de abuso de poder econômico que geralmente vem acompanhado de práticas de suborno, fraude, lavagem de dinheiro, entre outros crimes.

Por tal razão, se chegou à conclusão de que um modelo efetivo de governança corporativa seria aquele que autores como Teubner²⁶ denominam “metarregulação”, ou seja,

²⁵ SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morgana Mattos. Compliance concorrencial Cooperação regulatória na defesa da concorrência?. RIL Brasília a. 53 n. 211 jul./set. 2016 p. 273-299.

²⁶ TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in law. Law & Society Review, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.

um modelo que se constrói a partir de uma lógica *ex ante*, focada na disciplina de processos e não de condutas, combinando traços da regulação substantiva desempenhada pelo Estado, com a autorregulação a cargo das empresas²⁷.

Dessa forma, para que um programa de *compliance* atinja seu objetivo final e consiga promover uma cooperação regulatória adequada é fundamental que reúna um conjunto de mecanismos adequados a partir dos elementos essenciais mencionados. A título de ilustração, cabe expor o próprio caso da Operação Lava-Jato, em que os programas das empresas conhecidas como “clube das empreiteiras” foram considerados meramente formais; e o caso do cartel do metrô de São Paulo, em que a empresa Siemens, enquanto licitante, foi a primeira a buscar o CADE para denunciar o cartel e obter os benefícios do programa de leniência, demonstrando possuir um programa considerado robusto dentro dos parâmetros citados, fruto, inclusive, de um longo processo de amadurecimento que vem ocorrendo desde o final dos anos 1990 até os dias de hoje.

No primeiro caso, observou-se que no grupo composto pelas empresas Camargo Correa, Construtora Andrade Gutierrez, Construtora Norberto Odebrecht, Mendes Junior Trading Engenharia, MPE Montagens e Projetos Especiais, Promon, Setal/SOG Óleo e Gás, Techint Engenharia e Construção e UTC Engenharia, Construtora OAS, Engevix Engenharia, Galvão Engenharia, GDK, IESA, Queiroz Galvão e Skanska Brasil, apenas a empresa Promon possuía um programa realmente efetivo, de modo que os programas das outras empresas apresentavam referências genéricas e pouco claras sobre a legislação concorrencial, fazendo apenas menções vazias em favor da importância da livre concorrência dos mercados, sendo que as empresas GDK, Techint, Mendes Júnior, MPE Montagens e Seta sequer possuíam regras de *compliance*²⁸.

Também foi observado que no “clube das empreiteiras”, as empresas apesar de possuírem regras internas para administrarem seus programas, ainda careciam de uma governança especializada na prevenção de condutas anticompetitivas, o que se mostra especialmente sensível em vista do nicho de atuação destas empresas, por atuarem em mercados muito propensos à cartelização. Especificamente no caso da empresa Camargo Corrêa, tal defasagem se mostra nítida em um TCC firmado com o CADE no ano de 2015, em que um dos

²⁷ SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morgana Mattos. Compliance concorrencial Cooperação regulatória na defesa da concorrência? RIL Brasília a. 53 n. 211 jul./set. 2016 p. 273-299.

²⁸ Redação do programa da Odebrecht até ano de 2013 disponibilizada no artigo de Mario Gomes Schapiro e Sarah Morgana Mattos: “As Empresas da Organização devem atuar em estrita observância às normas que visam preservar a natureza competitiva das concorrências públicas e privadas, sendo vedada qualquer prática ou ato que tenha por objetivo frustrar ou fraudar o caráter competitivo destes procedimentos”.

compromissos consistia na reformulação completa do programa de *compliance* vigente à época, em razão de possuir bases inadequadas de prevenção a infrações contra a ordem econômica²⁹.

Já no segundo exemplo, do cartel do metrô de São Paulo, apesar da falha da empresa Siemens na detecção das condutas colusivas que estavam ocorrendo em licitações públicas, que levou até à demissão do seu CEO brasileiro antes da publicização do caso, ainda foi observado que a versão mais recente do seu programa reunia um conjunto de aspectos que podem ser citados a título do que se entende por robustez.

É claro que o *compliance*, por mais que seja talvez o mecanismo mais eficiente da prática corporativa de conferir credibilidade à empresa e auxiliar o Poder Público a partir da dinâmica de cooperação regulatória, não garante de forma absoluta a não ocorrência de práticas ilícitas no mercado, até porque as práticas empresariais são extremamente dinâmicas mutáveis. Contudo, o que se demonstra aqui é a forma pela qual tal ferramenta, quando bem estruturada no âmbito de uma empresa, pode contribuir de forma significativa para a redução dessas práticas ao endereçar preocupações sobre ética corporativa.

Com isso, o que se observou foi que o programa da Siemens até o ano de 2006 possuía características muito semelhantes aos programas das empreiteiras, estabelecendo apenas alguns parâmetros genéricos. No entanto, após reiterados casos de investigação e condenação, as sucessivas reformas feitas desde a sua criação, tornaram a versão mais recente do programa mais clara no sentido de promover um entendimento adequado dos funcionários sem formação jurídica acerca do que seriam práticas comerciais corretas³⁰, estabelecendo, também, políticas de governança em diferentes etapas, segmentadas em eixos de prevenção, detecção e reação.

No que diz respeito à prevenção, a empresa faz uma série de investigações acerca dos antecedentes no momento da contratação dos novos funcionários, além de determinar que os administradores estejam constantemente atualizados acerca das regras de *compliance*, bem como sobre eventuais mudanças, repassando a mesma orientação aos funcionários subordinados. Interessante destacar ainda que há a designação de um setor especializado em

²⁹ SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morgana Mattos. Compliance concorrencial Cooperação regulatória na defesa da concorrência?. RIL Brasília a. 53 n. 211 jul./set. 2016 p. 273-299.

³⁰ Texto do programa: “Anticompetitive agreements include price agreements, market, customer, or territory allocations, and project agreements with competitors. Abusing a dominant position (indicator: more than 30 to 50 percent market share) is also prohibited [...] We never talk to competitors about: Prices, price components, or other conditions; Market, customer, or territory allocation; Business opportunities or incoming orders; Capacities, production volumes, or quotas; Corporate strategies or future market behavior; for example, sales strategies, current and future product developments, investments, and boycotts; Offers and tenders; and Conduct during tenders or the submission of bogus offers [...]”. Disponível em: <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:c7eb75c9-c6b6-4e9f-985b-fefc5361426c/Business-Conduct-Guidelines-EN.pdf>

análise de risco de *compliance* responsável por auditar todas as operações e contratos em negociação, além da instituição de um *Compliance Officer* em cada unidade de negócio, responsável por tirar dúvidas e receber denúncias.

No eixo de detecção, pertinente destacar os múltiplos canais de denúncia que permitem a realização de denúncias anônimas, além do programa de monitoramento feito pelo *Compliance Audit Department* responsável por apresentar relatórios periódicos para o setor de auditoria interno da empresa, havendo, inclusive complementação por uma rede de departamentos, cuja finalidade é permitir a sua confrontação com um sistema de detecção global.

Quanto à reação das violações detectadas, a Siemens prevê, além da aplicação de sanções para funcionários definidas e atualizadas pelo Comitê Disciplinar Corporativo e por outros órgãos internos, a revisão periódica de sua política, a fim de diagnosticar possíveis vulnerabilidades do sistema de *compliance*.

Contudo, mesmo após a implementação de todos os mecanismos mencionados, ainda permanece, no âmbito do DOJ, dúvidas quanto à acurácia das informações que poderiam ser prestadas em futuros monitoramentos, já que a empresa agora estaria atuando de forma “independente do controle do Poder Público”³¹, após anos de monitoramento externo desde a época dos escândalos de suborno que a empresa esteve envolvida tanto nos Estados Unidos quanto na Alemanha no ano de 2009³². De todo modo, tais mecanismos ainda parecem ter mitigado boa parte das preocupações, especialmente após validação por parte da OCDE, sendo este o motivo pelo qual foi considerado dentro dos parâmetros de robustez.³³

4.2. QUESTIONAMENTOS ACERCA DAS POLÍTICAS DE INCENTIVO

Uma vez feita essa breve análise acerca do programa da Siemens, a fim de verificar o que poderiam ser considerados parâmetros mínimos de um *compliance* robusto tendo em vista

³¹ “Nevertheless, the Justice Department argued the exact opposite in the Siemens case, alleging that releasing the monitoring reports would “decrease the amount and accuracy of information that DOJ received from future monitorships, which will ultimately inhibit DOJ’s ability to reduce corporate crime.” In opposing the release of its compliance reports, Siemens maintained, in part, that its measures to counter bribery amounted to “trade secrets,” whose release could give Siemens’s competitors an advantage”. Disponível em: <https://www.mcgrawcenter.org/stories/slammed-for-bribery-siemens-continued-to-ignore-red-flags/>

³² Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2008/12/15/interna_mundo,57707/siemens-e-condenado-nos-estados-unidos-e-na-alemanha-por-corrupcao.shtml

³³ Apresentação do programa de *compliance* da Siemens feita em 2010 à OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/mena/competitiveness/44927648.pdf>

todo o contexto de preocupações sobre crimes corporativos, questiona-se até que ponto tais parâmetros de fato estão sendo incorporados na prática corporativa, já que a utilização por apenas uma ou outra empresa não se mostra suficiente para o adequado funcionamento dos mercados e para a mitigação dos problemas destacados.

Quanto a isso, torna-se necessário refletir sobre qual política de incentivo o Estado deve adotar, já que essa discussão parece ter ligação com as discussões levantadas no âmbito do DOJ focadas na busca pelo melhor entendimento sobre qual seria a política mais eficiente na repressão e, sobretudo, prevenção de crimes corporativos: o estímulo da união entre Poder Público e os agentes privados em uma dinâmica de cooperação regulatória ou um protagonismo maior do Estado na repressão mais severa de condutas ilícitas corporativas por meio de um controle *ex post*.

Na disciplina da concorrência, as experiências globais bem-sucedidas mostram que a promoção do *compliance* concorrencial e a sua internalização nas rotinas corporativas estão bastante apoiadas na credibilidade do *enforcement* regulatório desempenhado pelas agências públicas. Por outro lado, nas experiências malsucedidas, a promoção da metarregulação e autorregulação ocorre às custas da disciplina pública da concorrência, ou seja, de forma não espontânea, sempre por meio de um controle *ex post*. Isso pode acontecer se os incentivos públicos de promoção do *compliance* forem articulados de modo a restringir a capacidade de aplicação da lei, favorecendo assim programas corporativos não efetivos, de modo que o resultado final pode ser uma redução na “taxa de cumprimento” da lei, em razão da troca da regulação pública por programas corporativos meramente formais.

Nesse sentido, também cabe destacar o argumento apresentado pela ex-Conselheira do CADE, Cristiane Alkmin³⁴, quando ressaltou em um julgamento de requerimentos de TCCs, em linha com os entendimentos do DOJ e da Comissão Europeia, que os programas de *compliance* são benéficos e seu incentivo pode ser utilizado como função educativa para as empresas, mas não pode ser competência da autoridade antitruste fomentar a adoção de programas de *compliance* por meio da redução da sanção pecuniária, tendo em vista que o maior incentivo que o CADE poderia dar para que as empresas implementem um programa de *compliance* concorrencial efetivo (não só robusto) é punir de forma dissuasória.

³⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal Administrativo. Voto-vogal: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Requerimento nº 08700.004341/2016-44, relacionado ao Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51.

Assim, políticas públicas que visam a proteção dos mercados e da atividade empresarial, sobretudo quando se fala em defesa da concorrência, devem levar em consideração esse elo importante entre a autorregulação na esfera privada e regulação do Estado, adaptando de forma eficiente qual cultura de incentivos deverá ser adotada.

Tanto na repressão de infrações à ordem econômica, descritas no art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, quanto na repressão dos atos lesivos descritos no art. 5º da Lei Anticorrupção, é fundamental que as autoridades questionem se o ideal é partir da premissa de que programas de *compliance* robustos são importantes, de modo que a sua não implementação deva ensejar sanções mais rigorosas, tal como se depreende do Memorando Monaco, ou se o correto estímulo permanecerá sendo o incentivo à implementação como forma de obtenção de reduções e imunidades em investigações futuras.

Na esfera antitruste, é possível notar que a edição do Guia para Programas de Compliance do CADE foi um importante ponto de partida para que houvesse esse controle *ex ante* capaz de estabelecer padrões mínimos às empresas para que não caiam no controle de condutas da própria autoridade, mas ainda se observa que muitos parâmetros ainda não são óbvios, de modo que, em requerimentos de TCC mais recentes, o CADE ainda teve de fixar obrigações como a necessidade de publicização dos programas, treinamento dos funcionários sobre a legislação concorrencial e nomeação de um *Compliance Officer*, por exemplo.³⁵

Por fim, vale destacar quanto à imposição de monitoramento externo nos casos em que permanece a desconfiança quanto à robustez dos programas de *compliance*, que tal abordagem, por mais que tenha sido um dos destaques do Memorando, ainda foi utilizada em poucos casos no DOJ e que não corresponde à prática usual do CADE. Contudo, em um caso recente, em que a própria Siemens notificou ao CADE um ato de concentração com outras grandes empresas do mercado de peças automotivas anunciando a estruturação de uma *joint venture greenfield*³⁶, voltada a facilitar o fluxo de dados entre as empresas envolvidas, o CADE suscitou dúvidas quanto à possibilidade de desvirtuação da plataforma para que facilitasse trocas de informações concorrencialmente sensíveis e em razão da haver poucas informações em termos de

³⁵ Exemplos: Processo Administrativo nº.08012.011142/2006-79 (Requerente: Lafarge Brasil S.A.); Processo Administrativo nº. 08012.002493/2005-16 (Requerente: JBS S.A.); Processo Administrativo nº. 08012.002568/2005-51 (Requerente: Liquigás Distribuidora S.A.); Processo Administrativo nº. 08012.004674/2006-50 (Requerentes: Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e pessoa física); Processo Administrativo nº. 08012.005328/2009-31 (Requerentes: Companhia Brasileiro de Meios de Pagamento, Visa International Services Association e Visa do Brasil Empreendimentos Ltda.) e Processo Administrativo nº. 08012.007238/2006-32 (Requerente: Associação de Auto Escolas e Centros de formação de Condutores de Campinas e pessoa física).

³⁶ Ato de Concentração nº 08700.004293/2022-32 (Requerentes: BASF SE, BMW Holding B.V., Henkel AG & Co. KGaA, Mercedes-Benz AG, Robert Bosch GmbH, SAP SE, Schaeffler Invest GmbH, Siemens Industry Software GmbH, T-Systems International GmbH, Volkswagen AG e ZF Friedrichshafen AG.)

compliance sobre essa troca de dados, optou por determinar, além da nomeação de um *Chief Compliance Officer*, a nomeação de um *trustee* de monitoramento responsável pela fiscalização das atividades do CCO.

5. CONCLUSÃO

A partir de todas as considerações feitas, o presente trabalho propôs realizar uma análise mais enfática sobre os aspectos de interlocução entre o combate à corrupção e a defesa da concorrência, demonstrando haver uma tendência de maior atenção sobre tais aspectos no contexto global.

Os efeitos deletérios dos crimes corporativos ligados a ambas as searas comumente afetam setores da economia que movimentam grande parcela do capital de um país, sendo demandada uma atuação conjunta dos diferentes atores envolvidos nesse debate, de modo que cooperações técnicas entre os órgãos são fundamentais para promover uma atuação mais célere em prol de se assegurar uma economia mais eficiente, a partir de mercados confiáveis e menos distorcidos por práticas de colusão e corrupção.

Contudo, também foi possível verificar que as idas e vindas na abordagem do DOJ e os debates no âmbito no Tribunal Administrativo do CADE revelam que ainda há um impasse no sentido de verificar qual política de persecução se mostra mais efetiva no combate aos crimes corporativos, já que muitas vezes é necessário colocar em cheque o *enforcement* do Poder Sancionador do Estado, a fim de garantir que os agentes privados participem mais ativamente das investigações, o que faz permanecer a dúvida sobre o que de fato faz mais sentido na atividade reguladora: prezar por sanções mais duras ou incentivar, com políticas de benefícios, a colaboração dos próprios agentes.

Restou claro que tanto a Administração Pública quanto as próprias empresas têm muito a ganhar com a ampliação do uso de programas de *compliance* verdadeiramente robustos, justamente porque tais programas representam talvez o elo mais eficiente entre a autorregulação privada e a regulação do Estado, atuando como importantes mecanismos de prevenção e repressão a condutas ilícitas e, na pior das hipóteses, como facilitadores para que as empresas cooperem em investigações com as autoridades e consigam representar seus interesses e de seus colaboradores de forma mais adequada.

Por fim, foi possível observar que o dilema presente na atividade reguladora também afeta a política de estímulo à utilização de programas de *compliance* para que sejam verdadeiramente robustos e possam mitigar riscos inerentes à atividade empresarial tanto na

esfera antitruste, quanto nas demais esferas. Na esfera antitruste, que foi o foco principal deste trabalho, foi possível observar que, até certo ponto, a utilização dos programas de *compliance* como meros redutores de sanções em instrumentos de colaboração foi algo que facilitou bastante a persecução à carteis, sobretudo no contexto da Operação Lava-Jato. Contudo, questiona-se até que ponto tal tendência se manterá a longo prazo, tendo em vista que em TCCs mais recentes, por exemplo, foi possível observar que as obrigações fixadas pelo CADE são bastante repetitivas, o que talvez demandaria uma abordagem mais severa, tal como vem propondo o DOJ, a fim de estimular uma maior implementação de programas de *compliance* eficientes.

A fim de evitar conclusões precipitadas e leituras equivocadas, torna-se necessário continuar observando quais serão os efeitos práticos das abordagens recentemente implementadas pelo Memorando Monaco, no intuito de verificar até que ponto faz sentido importar tais visões para a defesa da concorrência no Brasil e avaliar por meio de estudos mais aprofundados qual política de incentivos seria mais adequada.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Claudio Weber. Percepções pantanosas: A dificuldade de medir a corrupção. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/RgddTWDKvK3k4kVzx5hgrtS/?lang=pt>. Acesso em: 25 de jan. 2023.

ACCIOLY, Isabella. "Sham Lobby" no Brasil: uma análise sobre o possível enquadramento do lobby anticompetitivo como infração à ordem econômica nos termos da Lei n. 12.529/2011. Faculdade de Direito, Universidade de Brasília. Brasília, 2021. p. 14. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/29388/1/2021_IsabellaSantiagoAccioly_tcc.pdf

ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2021.

ATHAYDE, Amanda; OLIVEIRA, Oscar. Idas e vindas na abordagem de crimes corporativos nos EUA.: Há repercussões para os colaboradores em crimes corporativos no Brasil?. Jota, 2022. Disponível: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/idas-e-vindas-na-abordagem-de-crimes-corporativos-nos-eua-01022022>. Acesso em: 18 de jan. 2023.

BRASIL. [Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013](#). Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal Administrativo. Voto-vogal: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Requerimento nº 08700.004341/2016-44, relacionado ao Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51.

CORDEIRO, Alexandre; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. Os objetivos do Direito Antitruste: evolução e perspectivas para o pós-Covid-19. Jota, 2022. Disponível em:

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-objetivos-do-direito-antitruste-evolucao-e-perspectivas-para-o-pos-covid-19-01082020#sdfnote4sym>. Acesso em: 12 de jan. 2023

DOJ – U.S. Department of Justice. Taiwan-Based AU Optronics Corporation, Its Houston-Based Subsidiary and Former Top Executives Convicted for Role in LCD Price-Fixing Conspiracy. Justice News, 2012. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/taiwan-based-au-optronics-corporation-its-houston-based-subsidiary-and-former-top-executives>. Acesso em: 12 de jan. 2023

FERNANDES, Victor. Poder econômico e ética empresarial: interfaces entre defesa da concorrência e combate à corrupção. Artigo de reação. 2018. Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:9JI5ZgfLN2YJ:https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4427017/mod_folder/content/0/artigo%2520de%2520rea%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520%2520victor%2520oliveira%2520fernandes.pdf%3Fforcedownload%3D1&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 15 de jan. 2023

FRAZÃO, Ana. Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados: parte XIII. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-emercado/novas-perspectivas-para-a-regulacao-juridica-dos-mercados-parte-xiii-27052020>. Acesso em: 20 de jan. 2023.

KNIGHT, Ben. Slammed for Bribery, Siemens Continued to Ignore Red Flags. AP News. 2021. Disponível em: <https://apnews.com/article/europe-business-government-and-politics-e74d2a1e851f63a778ee1e2735e61a6b>. Acesso em: 22 de jan. 2023

LEVINE, Andrew M. [The Guide to Corporate Compliance](https://latinlawyer.com/guide/the-guide-corporate-compliance/third-edition/article/introduction). Latin Lawyer, 2022. Disponível em: <https://latinlawyer.com/guide/the-guide-corporate-compliance/third-edition/article/introduction>. Acesso em: 22 de jan. 2023

O'BRIEN, Ann; SNYDER, Brent; SANDOLOSKI, Sean. The Monaco Memo: What could it mean for criminal antitrust enforcement? Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2021/12/CartelColumn-December-2021-Full.pdf>. Acesso em: 15 de jan. 2023.

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/convencao-ocde>

OEA – Organização dos Estados Americanos. Convenção Interamericana Contra a Corrupção. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-oea/documentos-relevantes/arquivos/convencao-oea>

SCHAPIRO, Mario Gomes; MARINHO, Sarah Morgana Mattos. Compliance concorrencial Cooperação regulatória na defesa da concorrência?. RIL Brasília a. 53 n. 211 Jul. /set. 2016 p. 273-299.

SIEMENS. Conduct Guidelines. Disponível em: <https://assets.new.siemens.com/siemens/assets/api/uuid:c7eb75c9-c6b6-4e9f-985bfefc5361426c/Business-Conduct-Guidelines-EN.pdf> Business-Conduct-Guidelines-EN.pdf

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in law. Law & Society Review, v. 17, n. 2, p. 239-285, 1983.

THE WHITE HOUSE. Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest. 2021. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing->

[room/presidential-actions/2021/06/03/memorandum-on-establishing-the-fight-against-corruption-as-a-core-united-states-national-security-interest/](https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2021/06/03/memorandum-on-establishing-the-fight-against-corruption-as-a-core-united-states-national-security-interest/)

TRAPP, Hugo. Compliance Na Lei Anticorrupção: Uma Análise Da Aplicação Prática Do Art. 7º, VIII, Da Lei 12.846/2013. Boletim Jurídico. 2015. Disponível em: <https://www.boletimjuridico.com.br/artigos/trabalhos-academicos/3421/compliance-lei-anticorruptcao-analise-aplicacao-pratica-art-7-viii-lei-12-8462013>. Acesso em: 12 de jan. 2023

UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpobrazil//Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf
WU, Tim. Antitrust and Corruption: Overruling Noerr. Columbia University, 2020. Disponível em: <https://knightcolumbia.org/content/antitrust-and-corruption-overruling-noerr>. Acesso em: 10 de jan. 2023.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. Programas de compliance anticorrupção no contexto da Lei 12.846/13: elementos e estudo de caso. Fundação Getúlio Vargas. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace;handle/bitstream/handle/10438/13726/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Vers%C3%A3o%20Final%204.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 de jan. 2023. Acesso em: 22 de jan. 2023